

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



**O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no
controlo de atos legislativos**

Vitalino José Ferreira Prova Canas

Orientador: Professor Doutor Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito,
especialidade de Ciências Jurídico-Políticas

2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos

Vitalino José Ferreira Prova Canas

Orientador: Professor Doutor Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas

Júri:

Presidente: Doutor Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, Professor Catedrático
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Vogais:

Doutor Diogo Pinto de Freitas do Amaral, Professor Catedrático Jubilado
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa;

Doutora Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral, Professora Catedrática
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa;

Doutor Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda, Professor Catedrático Jubilado
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orientador;

Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero, Professor Catedrático
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutora Maria Fernanda dos Santos Martins da Palma Pereira, Professora Catedrática
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, Professor Catedrático
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor Carlos Manuel Almeida Blanco de Moraes, Professor Catedrático
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2016

A Jorge Miranda

**À Natália,
ao Martim, à Sofia e à Leonor**

Agradecimentos

Ao longo dos últimos 30 anos passei por várias geografias, atividades profissionais e pessoas, mas duas coisas mantiveram-se constantes.

Uma, o interesse pelo princípio da proibição do excesso. Muitos temas me atraíram dos pontos de vista académico e científico, mas esse foi o que persistiu desde os tempos em que, na qualidade de assessor de juízes conselheiros do Tribunal Constitucional, fui solicitado a pesquisar sobre o princípio, então pouco conhecido em Portugal e, a uma vez, desafiante e assustador para um jovem jurista. Regressei ao tema no final da década de 1980, início de 1990, após a admissão a doutoramento pela Faculdade de Direito de Lisboa. Das primeiras investigações com esse propósito resultaram trabalhos publicados na década de 1990. Depois, com prolongados interregnos por força do exercício de cargos políticos, a ele regressei periodicamente. Desde 2012 com mais afinco e regularidade.

Outra, o persistente incentivo do Professor Jorge Miranda. Ano após ano, mês após mês, não deve ter havido uma única ocasião em que nos tenhamos encontrado - e, felizmente, encontrámo-nos muitas vezes - em que não viesse a pergunta: "então, como está a tese?". Poderia encontrar muitas razões para, aos 56 anos e depois de incontáveis (re)começos e adiamentos, ainda haver forte motivação para submeter este trabalho ao veredicto do júri. Mas não é necessário ir mais longe.

Três décadas de preparação não melhoram o produto do trabalho, mas fazem aumentar as dívidas de gratidão e os deveres de agradecimento. Tentar identificar aqui todos aqueles que nesse percurso contribuíram para facilitar o meu esforço correria o risco de injustiça para com os omitidos. Para usar um critério objetivo, limito-me a invocar quem me ajudou na última fase.

À minha mulher e aos meus filhos, além da dedicatória, o agradecimento pela forma como suportaram a falta de tempo e de atenção, a indisponibilidade e o mau humor que a elaboração desta tese atirou sobre eles.

A Natália Meirinhos, o Paulo Tavares e a Sónia Proença de Oliveira ajudaram-me a rever versões quase finais da maior parte dos capítulos.

A Cecília Ho e a Fernanda Carpinteiro tiveram um papel decisivo no processamento do texto e na sua edição. Na tradução do resumo para inglês contei com a colaboração desinteressada da Natalie Campbell da Silva.

Ao longo de toda a investigação beneficei do serviço de várias bibliotecas. Realço as da Assembleia da República, da Faculdade de Direito de Lisboa, do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, em Heidelberg, do Tribunal Constitucional e as cooperantes com a da Assembleia da República.

Foram numerosos os autores de trabalhos sobre o objeto do estudo a quem solicitei exemplares, na ausência de acesso através de outros meios. Não poderei aqui referi-los exaustivamente.

A todos o meu agradecimento.

Não sei a quem devo agradecer pela existência e funcionamento da *Internet*, mas sem ela e os imensos recursos que disponibiliza este trabalho seria muito mais pobre.

Pelo contrário, sei a quem devo agradecer a circunstância de a ideia da tese ter permanecido viva ao longo destes anos: ao Professor e amigo Jorge Miranda.

Resumo

O princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica é considerado por muitos o mais importante princípio do Direito Constitucional gerado pelas perspectivas pós-positivistas do direito e o centro da dogmática dos direitos fundamentais. A sua universalidade tem-se acentuado, sendo visto como um dos pilares do vocabulário comum de um constitucionalismo global. Em Portugal, a Constituição consagra-o, tendo sido, aliás, um dos primeiros textos constitucionais a referir-se-lhe expressamente. O Tribunal Constitucional, afastada alguma relutância inicial e diluídas -mas não superadas- algumas inconsistências, aplica-o com regularidade.

O presente estudo demonstra que o princípio da proibição do excesso tem conteúdo, estrutura e metódica aplicativa variáveis consoante seja encarado como norma de ação dirigida ao legislador ou como parâmetro de controlo ao dispor do juiz constitucional. É dado particular relevo à proibição do excesso como instrumento de mediação de operações de harmonização realizadas pelo legislador, porque é a situação menos - ou quase nada - estudada. Porém, esclarecem-se também as condições essenciais da sua aplicação pelo juiz constitucional.

A aplicação do princípio decorre de comandos de harmonização expressa ou implicitamente consagrados na Constituição, particularmente nas zonas que a definem como Constituição *prima facie*. Todavia, a proibição do excesso não é o único instrumento de harmonização existente. Ele é apenas um dos instrumentos de harmonização que, a par da proporcionalidade retributiva, da proporcionalidade equitativa e da proibição do defeito, se abrigam sob o conceito agregador de proporcionalidade moderna,

A necessidade e existência de mais do que um instrumento de mediação de operações de harmonização resulta de haver vários tipos de colisões normativas de acordo com os critérios dos bens, interesses ou valores colidentes e das posições do legislador sobre essas colisões. A presente dissertação recorta os critérios que

permitem definir quando é que se aplica a proibição do excesso e quando é que são aplicáveis outros instrumentos de harmonização. Além disso, são estudadas as relações com outras figuras, afins ou não, como a proporcionalidade quantitativa, a concordância prática, a razoabilidade, a igualdade ou a proteção da confiança.

Enquanto norma de ação, mas também enquanto norma de controlo, o princípio da proibição do excesso é um veículo de racionalização, objetivação e transparência da deliberação prática. O esforço de densificação dos seus três segmentos - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - de modo a que, na medida do possível, assumam a natureza de critérios de decisão, contribui para esses objetivos. Mas, como veículo de racionalização, objetivação e transparência, a proibição do excesso não é um instrumento de otimização ou de imposição da melhor solução possível.

Palavras chave: proibição do excesso, constituição *prima facie*, colisões normativas, harmonização, ponderação

Abstract

The classical principle of proportionality or principle of prohibition of excess is considered by many to be the most important principle in Constitutional Law generated by the post-positivist perspectives of Law and a central tool of fundamental rights scholarship. It is an increasingly universal principle, and is seen as one of the pillars of a common vocabulary of global constitutionalism. The principle is enshrined in the Portuguese Constitution, which was in fact one of the first constitutional texts that made explicit reference to it. The principle has been frequently applied by the Constitutional Court, once it had set aside some initial reluctance and moderated, though not overcome, some inconsistencies.

The present study demonstrates that the content, structure and application of the classical principle of proportionality vary depending on whether it is considered as a rule of action for legislators, or as a standard at the disposal of the constitutional judge. Particular emphasis is given to classical proportionality as a mediation instrument used by legislators in harmonization operations as this has received

scant attention in the literature. In addition, the essential conditions for its application by the constitutional judge are also described.

The application of this principle derives from harmonization norms that are explicitly or implicitly enshrined in the Constitution, particularly in the areas that define it as *prima facie* Constitution. However, classical proportionality is not the only harmonization instrument. Classical proportionality or prohibition of excess is just one such instrument that comes under the broader concept of modern proportionality, along with retributive proportionality, equitative proportionality and prohibition of deficit.

The need for and existence of more than one mediation instrument for harmonization operations arises from the fact that there are several types of normative collisions to address. The present study outlines the criteria that govern when the classical proportionality is applicable and when the other harmonization instruments should be applied. Additionally, the study establishes the links with other concepts, similar or not, such as quantitative proportionality, practical concordance, reasonableness, equality or the protection of trust.

As a norm for both action and control, the principle of the prohibition of excess is a vehicle for rationalization, objectification, and transparency in practical deliberation. These objectives are furthered by the attempt to formalize its three segments – suitability, necessity and proportionality in the strict sense -, so that they assume the nature of decision-making criteria as far as possible.

Notwithstanding, as a rationalization, objectification and transparency vehicle, prohibition of excess is not an instrument aimed at reaching the best possible solution or optimization.

Keywords: proportionality, *prima facie* constitution, normative collisions, harmonization, balancing.

Abreviaturas

- AAFDL - Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- AcP - Archiv für die civilistische Praxis
- AJCL - American Journal of Comparative Law
- AJDA - L'Actualité Juridique - Droit Administratif
- AJIL - The American Journal of International Law
- ALR - American Law Review
- AöR - Archiv des öffentlichen Rechts
- AP - Actualidad Penal
- APQ - American Philosophical Quaterly
- ARSP - Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
- BayVBL - Bayerische Verwaltungsblätter
- BFDUC - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BMJ - Boletim do Ministério da Justiça
- BULR - Boston University Law Review
- BVerfG - Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemão)
- BVerfGE - Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões do Tribunal Constitucional alemão)
- CC - Código Civil português
- CD - Cahiers de Droit
- CDP - Cuadernos de Derecho Público
- CEDH - Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
- CLQ - Cornell Law Quaterly
- CaLR - California Law Review
- CoLR - Columbia Law Review
- CreigLR - Creighton Law Review
- CRP - Constituição da República Portuguesa de 1976
- CSLR - Cleveland State Law Review

- CWLR - Case Western Law Review
- DDHC - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
- DJ - Direito e Justiça
- DJAP - Dicionário Jurídico da Administração Pública
- DLJ - Duke Law Journal
- DLR - Dickinson Law Review
- DÖV - Die öffentliche Verwaltung
- DS - Diritto e società
- DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem
- DVBl - Deutsches Verwaltungsblatt
- ECHR - European Court of Human Rights
- ECJ - European Court of Justice
- ELR - European Law Review
- EP - Enciclopédia *Polis*
- ETAF - Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
- EuGRZ - Europäische Grundrechtszeitung
- EuR - Europarecht
- FDL - Faculdade de Direito de Lisboa
- FDPUCRS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
- FI - Foro italiano
- FSULR - Florida State University Law Review
- GLJ - Georgetown Law Journal
- GLR - Georgia Law Review
- GWLR - George Washington Law Review
- HCLQ - Hastings Constitutional Law Quarterly
- HCRCLR - Harvard Civil Rights & Civil Liberties Law Review
- HLR - Harvard Law Review
- HRLJ - Human Rights Law Journal (visto desde vol I, 1980, até vol XIV, 1993)
- I•Con - International Journal of Constitutional Law
- IJ - The Irish Jurist
- ILJ - Indiana Law Journal
- ILR - Iowa Law Review
- IN-CM - Imprensa Nacional - Casa da Moeda

- JA - Juristische Arbeitsblätter
- JöR - Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
- JPL - Journal of Public Law
- JR - Judicial Review
- Jura -Juristische Ausbildung
- JuS - Juristische Schulung
- JZ - Juristenzeitung
- KLR - Kentucky Law Review
- LCPR - Law & Contemporary Problems Review
- Leg. - Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação
- LOFPTC, Lei sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/85, de 26 de Novembro, pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro, pela Lei n.º 88/95, de 1 de Setembro, e pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro)
- LSR - Law & Society Review
- MichLR - Michigan Law Review
- MinnLR - Minnesota Law Review
- MLR - Maryland Law Review
- NELR - New England Law Review
- NJW - Neue Juristische Wochenschrift
- NLR - Nebraska Law Review
- NVwZ - Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
- NWLR - North Western Law Review
- NYU - New York University
- NYULR - New York University Law Review
- OJLS - Oxford Journal of Legal Studies
- OLQ - Oregon Law Quaterly
- PJ - Revista Poder Judicial (Espanha)
- RAP - Revista de Administración Pública
- RCEC - Revista del Centro de Estudios Constitucionales
- RDE - Revista de Direito e Economia
- RDerP - Revista de Derecho Político
- RDES - Revista de Direito e Estudos Sociais

- RDP - Revue du Droit Public
- REDA - Revista Española de Derecho Administrativo
- REDC - Revista Española de Derecho Constitucional
- REP - Revista de Estudios Políticos
- RFDC - Revue Française de Droit Constitutionnel
- RFDUL - Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- RIE - Revista de Instituciones Europeas
- RIEJ - Revue interdisciplinaire d'études juridiques
- RJUA - Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente
- RLR - Rutgers Law Review
- RMLR - Rocky Mountain Law Review
- ROA - Revista da Ordem dos Advogados
- RTDE - Revue Trimestrielle de Droit Européen
- RTDH - Revue Trimestrielle des Droits de l'homme
- RTDP - Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.
- SchlHA - Schleswig-Holsteinische Anzeigen
- SCLR - Southern California Law Review
- SDLR - San Diego Law Review
- SLR - Stanford Law Review
- SSRN - Social Science Research Network
- TC - Tribunal Constitucional português
- TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
- TLQ - Temple Law Quaterly
- UCLALR - University of California - Los Angeles Law Review
- UCLR - University of Chicago Law Review
- UE - União Europeia
- UPLR - University of Pennsylvania Law Review
- V.Arch. - Verwaltungs-Archiv
- VanLR - Vanderbilt Law Review
- VerLR - Vermont Law Review
- VLR - Virginia Law Review
- VVDStRL - Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
- WFLR - Wake Forest Law Review

- WisLR - Wisconsin Law Review
- WLR - Washington Law Review
- YEL - Yearbook of European Law
- YLJ - Yale Law Journal
- ZG - Zeitschrift für Gesetzgebung
- ZRP - Zeitschrift für Rechtspolitik

INTRODUÇÃO

1. A idade da proporcionalidade

A *ideia de proporcionalidade* é conatural às relações entre as pessoas¹. A interiorização plena dessa ideia trouxe-nos a *idade da proporcionalidade*. A idade da proporcionalidade não é mais do que uma peça da institucionalização da exigência de temperança dos governantes de que ARISTÓTELES nos falou². Se lhe quiséssemos prestar mais uma homenagem, poderíamos até dizer *princípio da temperança* em vez de princípio da proporcionalidade. Pouco ou nada se perderia no trânsito entre os dois conceitos.

A mais eminente manifestação da idade da proporcionalidade é o movimento de planetarização daquilo que designaremos por proporcionalidade clássica ou proibição do excesso³.

1.1. A proporcionalidade como reação ao formalismo dedutivista

A proporcionalidade está no centro de uma querela entre duas escolas do pensamento, duas metódicas, duas tendências dogmáticas, com fortes e persistentes instanciações na Europa e nos Estados Unidos.

¹ **Miranda, *Manual ...***, IV, 5.^a ed., p. 302. Todas as obras abreviadamente citadas constam de notas no início dos capítulos ou da bibliografia final. Os preceitos citados sem indicação de fonte são da Constituição da República Portuguesa, de 1976.

² **Aristóteles, *Política***, trad. de António Campelo Amaral e Carlos Carvalho Gomes, Vega, Lisboa, 1998, livro III, p. 201 (nesta tradução)

³ Estando em causa, por enquanto, tendências universais, ao longo dos próximos parágrafos a expressão proporcionalidade será ainda empregue num sentido algo difuso e descomprometido, que irá sendo progressivamente especificado, até se ter uma noção precisa das ramificações que dele decorrem no seu sentido mais moderno.

Uma, a escola lógico-formalista, dedutivista, silogística, interpretativo-subsuntiva, categorial-absolutista, analítico-dogmática (todas estas denominações têm significado próprio, mas também vastas zonas de sobreposição) que ou não reconhece reais colisões entre normas constitucionais (*maxime* entre normas de direitos fundamentais), ou advoga que são apenas aparentes, podendo ser resolvidas, em última instância, através da subsunção.

Outra, a escola anti-formalista, indutivista, valorativa, dialética, relativista que, reconhecendo mais ou menos o papel das estruturas formais dedutivistas da interpretação/subsunção, não prescinde da ponderação como método autónomo de resolução de colisões normativas.

Na Europa, no Canadá, na África do Sul e na Tunísia, na América do Sul e noutras paragens, a proporcionalidade é um dos subprodutos dessa querela e das escolhas que ela suscita. Nos EUA seguem-se caminhos distintos, não obstante esporádicas manifestações de entusiasmo com a aproximação entre as culturas jurídicas transatlânticas.

Em qualquer dos casos, esta querela é mais visível, mais aguda e mais pertinente, no contexto da função de garantia e aplicação jurisdicional da constituição do que ao nível da atividade do legislador.

Por outro lado, veremos que a tendência é para fugir a manifestações radicais daquelas escolas. A maior parte das doutrinas mais influentes admitem - ou consideram inevitável - a conjugação de momentos formais, dedutivos, silogísticos com momentos não formais, não dedutivos⁴. A teoria da proporcionalidade como proteção da posição mínima, o especificacionismo⁵, o suficientismo⁶, o satisficentismo⁷ e até, num quadrante oposto, a teoria dos princípios, são quadros explicativos que invariavelmente procuram atenuar a complexidade metódica da resolução de colisões normativas com utilização de todos os recursos que a teoria

⁴ **Poscher**, «Insights, Errors...», p. 439 (refutando que a aplicação das normas se restrinja à alternativa subsunção/ponderação, antes exigindo a combinação de um conjunto complexo de técnicas de aplicação).

⁵ O neologismo visa preservar na medida do possível o sentido da designação que autores como **Moreso**, «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism», *cit.*, **Zorrilla**, **Conflictos...**, *cit.*; *idem*, «Alternativas...», *cit.* ou **Mendonça**, **Los derechos...**, *cit.*, deram à construção que estudaremos mais adiante.

⁶ *Idem*, para *sufficientist*: v. **Sartor**, «A Sufficientist Approach to Reasonableness in Legal Decision-Making and Judicial Review», *cit.*

⁷ *Idem*, para *satisficing*: v. **Šušnjar**, **Proportionality**, *cit.*, *passim*.

do direito oferece. A presente investigação, afastando-se *mutatis mutandis* dessas orientações, conflui com elas na tentativa de cumprimento desse caderno de encargos e na assunção básica de que é possível um modelo racional de redução da complexidade da deliberação prática.

1.2. O paradoxo

Aprofundemos um pouco este tópico. Começemos pela apreciação da situação paradoxal em que se encontra a proporcionalidade tal como vista pela doutrina e pela jurisprudência.

Por um lado, a proporcionalidade é encarada por um vasto quadrante com a veneração outorgada às fórmulas mágicas e às alquimias. Não é difícil encontrar celebrações grandiloquentes do sucesso da proporcionalidade. Sintomaticamente muitas delas não são originárias do espaço de gestação inicial. Diz-se que a proporcionalidade é o mais importante princípio do direito constitucional material⁸ gerado pelas perspetivas pós-positivistas do Direito⁹. Outros consideram-na o centro da dogmática dos direitos fundamentais. Há uma pletora de qualificativos que destacam a sua putativa universalidade: *jus cogens* do regime dos direitos humanos¹⁰, gramática global, mecanismo standardizante das diferentes culturas constitucionais¹¹, vocabulário comum do direito constitucional ou de um constitucionalismo global¹². A proporcionalidade, como elemento fundacional desse constitucionalismo global, funcionaria como critério universal de constitucionalidade¹³, *ius commune* da limitação do poder¹⁴.

⁸ **Alexy**, «Die Gewichtsformel», trad. castelhana, «La fórmula del peso», *cit.*, p. 15.

⁹ A referência deste movimento, que par e passo emergirá no texto, é **Alexy**. Entre muitas manifestações da tentativa da superação do positivismo, pode ver-se «On the Necessary Relations Between Law and Morality», in *Ratio Juris*, vol. 2 (1989), pp. 167 ss.

¹⁰ **Huscroft, Miller, Webber**, «Introduction...», in Huscroft, Miller, Webber (eds.), *Proportionality and the rule of law...*, p. 3.

¹¹ **Schlink**, «Proportionality in Constitutional Law...», p. 302.

¹² **Sweet / Mathews**, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», *cit.*

¹³ **Beatty**, *The Ultimate...*, p. 162.

¹⁴ **Miranda**, *Manual ...*, IV, 5.^a ed., p. 303; **Engle**, «The History...», p. 2.

Mas, por outro lado, a proporcionalidade está muito longe de ser um instrumento consensual, sintomaticamente até no espaço de gestação inicial. Nunca o foi e o estudo de tendências recentes contribui para a dúvida sobre se alguma vez o será. A proporcionalidade começa por ser objeto de reservas semelhantes às que o *balancing*, na versão americana, suscitou. Incorporando a proporcionalidade momentos de ponderação, as críticas dirigidas ao *balancing* são-lhe *mutatis mutandis* aplicáveis. Ambos motivam inquietações em relação ao advento da idade da ponderação (*the age of balancing*) no direito constitucional¹⁵. O *balancing* seria um veículo do afastamento¹⁶ ou até da violentação da constituição¹⁷ ou de niilismo destruidor dos direitos¹⁸. Estes seriam degradados a meras premissas da argumentação da proporcionalidade e da ponderação¹⁹. Nesse contexto, poderia falar-se do perigo do enfraquecimento axiológico do sistema de direitos²⁰. Este coro é inadvertidamente encorajado por alguns prosélitos da proporcionalidade, particularmente aqueles que admitem que o princípio torna os direitos mero “floreado retórico”²¹ ou lhes negam força normativa especial²².

¹⁵ A expressão foi cunhada por **Aleinikoff**, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *cit.* O trabalho de **Aleinikoff**, apesar de se inserir numa linha crítica e de advertir para os riscos do *balancing*, terá contribuído, ironicamente, para a sua imparável difusão a partir do final do século passado, sendo certamente um dos textos mais influentes e mais estudados no contexto do movimento de universalização e tendencial homogeneização do pensamento de ponderação. Contestando a ideia de uma idade global do *balancing*, por todos, **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 30, *passim*.

¹⁶ **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 1004.

¹⁷ **G. Webber**, «Proportionality, Balancing...», p. 198.

¹⁸ A expressão é de **J. Brennan**, juiz do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, citado por **Webber**, «Proportionality, Balancing...», *cit.*, p. 179; para uma resenha das posições mais extremadas, v. **Klatt / Meister**, *The Constitutional Structure...*, *cit.*, pp. 1 ss.

¹⁹ **Webber**, *The Negotiable Constitution...*, pp. 4, 69. Entre nós, fica próximo de ser atingido por esta crítica **Novais**, *Restrições...*, p. 377, quando admite que o legislador constituinte possa limitar-se a uma consagração genérica das liberdades, acompanhada da necessidade de observância de certos princípios, como o da proporcionalidade.

²⁰ **Andrade**, *Os Direitos Fundamentais...*, 5.ª ed., p. 268 (criticando as teorias dos direitos como princípios, como a de Alexy, que, como é sabido, postulam um uso intensivo da proporcionalidade).

²¹ **Beatty**, *The Ultimate...*, p. 171, no quadro da sua conceção radical-pragmática da proporcionalidade; numa fórmula mais matizada, **Kumm**, «Democracy is not enough...», p. 13 (“um detentor de direitos não tem muita coisa só em virtude de ter um direito...”).

²² V., por todos, entre os mais notórios expoentes da cultura da justificação como alternativa à ideia de força normativa dos direitos, **Kumm**, «The Idea of Socratic Contestation...», pp. 150 ss., e **Möller**, «Proportionality and the Rights Inflation», p. 166. A expressão “cultura de justificação” deve-se ao jus-publicista sul-africano **Etienne Mureinik** (1994), mas adquiriu um significado que se afastou da intenção inicial.

Esta desconfiança em relação ao efeito do pensamento balanceador e proporcionalista, é acentuada pela circunstância de o "triunfo" do princípio da proporcionalidade - ou, especificamente, da componente de ponderação - se ter imposto contra boa parte do melhor pensamento jus-filosófico das últimas décadas. Alguns dos mais eminentes filósofos e teóricos dos direitos e do direito constitucional, como RONALD DWORKIN, JÜRGEN HABERMAS, JEREMY WALDRON, ROBERT NOZICK, JOHN FINNIS, JOSEPH RAZ OU JOHN RAWLS, ignoraram ou refutaram os fundamentos da ponderação (ou *balancing*)²³ como método de resolução racional e aceitável de colisões normativas ou de bens, interesses ou valores²⁴. Se os sábios menosprezam ou ignoram a proporcionalidade esta não pode ser boa coisa...

²³ Designadamente criticando a aplicação aos direitos fundamentais de todas as formas de consequencialismo (utilitarismos, análise custo-benefício, análise económica do Direito, proporcionalismos) que *grosso modo* postulam que o legislador escolha a solução legislativa que entre as disponíveis seja aquela cujos efeitos se traduzam num valor agregado líquido máximo ou ótimo para a sociedade. Para uma definição de consequencialismo, **James Griffin**, «Consequentialism», in Ted Honderich (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1995; **Simon Blackburn**, «Consequentialism», in *The Oxford Dictionary of Philosophy*, 2.^a ed, Oxford University Press, Oxford, 2008.

²⁴ Embora por vezes a estrutura discursiva de alguns deles se confunda com a ponderação ou *balancing*, como nota, por exemplo, **Waldron**, «Fake Incommensurability...», pp. 819-820. Um caso paradigmático é o de **Dworkin**. Apesar da escassa elaboração sobre *balancing*, não restam dúvidas sobre a sua posição: "numa cultura de liberdade (...) certas liberdades estão em princípio isentas [de um] processo ordinário de *balancing* e regulação (...), [mesmo que o governo] pense com boas razões que a infração destas liberdades protegeria no computo global (*on balance*) a segurança ou promoveria a economia ou a eficiência ou a conveniência". Todavia, defende que quando os "princípios colidam (...) quem tiver de resolver o conflito tem de tomar em conta o peso relativo de cada um deles" (**Taking Rights...**, p. 26). Apesar de todos os esforços de explicação de **Dworkin** e de investigação dos seus intérpretes, esta continua a ser uma das mais enigmáticas frases para quem procura compreender a fundamentação da rejeição do *balancing* e, concomitantemente, da proporcionalidade e.s.e. (embora o autor sobre esta não se tenha pronunciado). Aparentemente, quando alude a "tomar em conta o peso relativo" de cada um dos princípios colidentes, refere-se ao peso de cada princípio *per se* no contexto do sistema jurídico como integridade (ou, como se diria em linguagem "europeia", do sistema jurídico como unidade sistemática). Aquele princípio que tiver maior peso absoluto é aquele que tem de ser aplicado. A ambiguidade dá lastro a alguma especulação sobre a viabilidade da adaptação da proibição do excesso à teoria de direitos de **Dworkin**. A controvérsia sobre se a conceção dos *rights as trumps* é conciliável com a proporcionalidade gera conclusões em várias direções. **Möller**, «Balancing...», *cit.*, p. 460 (v. também «Two Conceptions of Positive Liberty: Towards an Autonomy-based Theory of Constitutional Rights», in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29 (2009), p. 757; *idem*, «Proportionality...», p. 710.), especula que Dworkin poderia subscrever a tese dos direitos fundamentais como princípios, mas que rejeita o *balancing* (mesmo que excecionalmente o pareça aceitar quando um direito tenha de ser restringido para prevenir um *clear and serious danger* (**Freedom's Law**, Oxford University Press, 1996, p. 353). Na mesma direção, sustentando que a visão própria da proporcionalidade não é compatível com a conceção dos *rights as trumps*, uma vez que consideraria os direitos apenas como *mais um* interesse a ser considerado no contexto de uma análise meio-fim, **Neomi Rao**, «On the Use and Abuse of Dignity...», *cit.*, p. 238 (baseando-se na visão da *proporcionalidade pragmática* de **David Beatty**, **The Ultimate Rule...**, p. 171); pode ver-se a discussão desse aspeto em **Vicki C. Jackson**, «Being Proportional...», *cit.* p. 849. Em sentido diverso, **R. Fallon** («Individual Rights and Governmental Powers», in *Georgia Law Review*, vol. 27, n.º 2 (1993), pp. 343-390, 345, 369 ss.; também *Sibley Lectures*, Paper 27 (1992),

Se atentarmos no próprio espaço geográfico, cultural e jurídico-político onde a proporcionalidade foi concebida, não encontramos um panorama radicalmente diferente. Também aí são persistentes as vozes que alertam para os seus perigos. Ou, mais especificamente, para os perigos da proporcionalidade em sentido estrito e da operação de valoração/ponderação que ela envolve, ou da ponderação quando não enquadrada pelo instrumento mais abrangente da proporcionalidade em sentido amplo. Há quem nela veja um "cavalo de Troia" de mudanças drásticas das concepções dogmáticas clássicas, ou um veículo da concepção da constituição como *Weltenei*²⁵, ou quem se insurja contra a aplicação excessiva da proibição do excesso²⁶ e o "amacramento" da ordem jurídica²⁷. Teme-se o assalto aos direitos fundamentais²⁸, mas também a inflação de direitos fundamentais, que pode chegar à admissão de um direito a assassinar²⁹.

É certo que boa parte das críticas à proporcionalidade e a outros instrumentos afins a atingem por ricochete e, quase exclusivamente, apenas quando é aplicada pelo juiz,

consultado em http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/27), sustenta que não há verdadeiramente incompatibilidade estrutural entre a tese de Dworkin dos trunfos – “o que quer que isso signifique” – e a ponderação de bens. E a imagem dos direitos como trunfos tem sido invocada mesmo por quem não rejeita a proporcionalidade: v., por exemplo, **Novais**, *ob. cit.*, pp. 37 ss.; **Barak**, *Proportionality...*, p. 365; **Klatt / Meister**, *The Constitutional...*, *cit.*, pp. 17 ss. (falando de *strong trump model*, *medium trump model*, *weak trump model* e garantindo a compatibilidade pelo menos do último).

²⁵ **Forsthoff**, *Lo stato della società industriale*, pp. 154 ss., 161. A expressão *Weltenei* tem sido traduzida de diferentes formas, umas mais literais do que outras, mas nenhuma verdadeiramente satisfatória: "ovo de Colombo", "ovo jurídico originário", "ovo do Mundo".

²⁶ Em relação a isso, **Isensee**, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht...*, p. 377; **Möllers**, «Wandel der Grundrechtsjudikatur...», *cit.*

²⁷ A literatura está pejada de imagens sobre o princípio da proporcionalidade e seus segmentos, particularmente o da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da proibição do excesso, juntamente com o da ponderação de bens, é visto como um dos grandes "amolecedores" ou "amortecedores" (*Weichmacher*) do moderno direito público: **Ossenbühl**, in *VVDStRL*, vol. 39, p. 189; *idem*, «Abwägung im Verfassungsrecht», p. 34; **Friedrich E. Schnapp**, *Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs*, p. 850; **Hirschberg**, *Grundsatz...*, pp. 186 ss., prefere a expressão "cláusula de relativização" (*Relativierungsklausel*) de normas abertas. **Webber** tem sido um dos críticos mais veementes: v., por exemplo, «On the Loss of Rights», pp. 137 ss.

²⁸ V. o assertivo título do ensaio, muito citado e debatido, de **Tsakyrakis**: «Proportionality: An Assault on Human Rights?», *cit.*

²⁹ Veja-se o que escreve um dos mais notórios apologistas da inflação de direitos fundamentais, em nome de uma concepção de direitos baseada na projeção máxima da autonomia individual: "sob uma teoria de direitos que incorpore a proporcionalidade não há nenhuma via coerente de evitar a conclusão de que todos os interesses de autonomia devem ser protegidos como direitos, incluindo interesses em se envolver em atividades triviais e até imorais", como o interesse em assassinar. Note-se, porém, que esta posição só é compreensível nos seus exatos contornos se tivermos em conta a distinção do autor entre direitos *prima facie* e definitivos: **Möller**, «Proportionality and the Rights Inflation», pp. 155, 164, 172; para um tratamento mais profundo, *The Global Model...*, *cit.*

particularmente o juiz constitucional, seja na apreciação da constitucionalidade de normas jurídicas, seja na aplicação de normas constitucionais (designadamente normas jusfundamentais) a casos concretos. Quem crítica o alegado excesso de protagonismo do juiz constitucional, a erosão ou esbatimento da separação de poderes, a invasão do domínio do legislador democrático, a supremacia do Tribunal Constitucional, tenderá a visar os veículos desses malefícios. Ora, um dos veículos suspeito de possibilitar a apropriação pelo juiz constitucional de relevantes poderes de decisão é a proporcionalidade³⁰.

Essa linha tem-se manifestado com veemência em Portugal nos últimos anos (sobretudo no contexto da crítica à chamada jurisprudência da crise e ao alegado excesso de protagonismo do Tribunal Constitucional³¹), mas também na Alemanha, onde a reverência em relação ao papel fulcral do *BVerfG* na construção de uma ordem constitucional *perfeita* parece ser ultimamente menos incondicional do que há algumas décadas. De alguma forma, assiste-se ao reavivamento das críticas, inicialmente minoritárias, ao "Estado de juízes", propagadas por FORSTHOFF³² e continuadas por BÖCKENFÖRDE³³ e outros. Por isso, reaviva-se a voz daqueles que, em vez da desconstrução da Constituição, reivindicam (ou anunciam) a desconstrução da jurisprudência e da dogmática dos direitos fundamentais, bem como da posição dominante do Tribunal Constitucional alemão³⁴. A proposta de revisão de pilares essenciais daquela dogmática, entre os quais o carácter absoluto da dignidade humana e (com sinal contrário) o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como princípio geral de liberdade e porta de entrada de novos

³⁰ V., por todos, **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 365 ss., salientando todavia que, em contrapartida, a proporcionalidade também traça limites à competência do juiz. Aliás, sem a utilização da proporcionalidade, o juiz (no caso por ele estudado, o juiz do TEDH) poderia cair ou na inanidade total ou no poder absoluto (*ob. cit.*, p. 429).

³¹ Para o "tom" geral, v. **Ribeiro / Coutinho**, *O Tribunal Constitucional e a Crise*, *cit.*

³² Logo em «Die Umbildung des Verfassungsgesetz» (1959).

³³ Entre os escritos mais recentes, v. «Schutzbereich...», *cit.*

³⁴ Cfr. entre muitos **Knies**, «Auf dem Weg in den "verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat», *cit.*; **Scholz**, «Karlsruhe im Zwielficht...», *cit.*; **Isensee**, «Bundesverfassungsgericht - quo vadis?», in *JZ*, vol. 51 (1996), pp. 1085-1093; **Jestaedt**, *Grundrechtsentfaltung...*, pp. 60 ss.; **Brohm**, «Die Funktion des BVerfG- Oligarchie in der Demokratie?», in *NJW*, vol. 54 (2001), pp. 1-10; **Cornils**, *Die Ausgestaltung...*, pp. 39 ss.; **Holoubek**, «Der Grundrechtseingriff...», p. 23.

direitos, bem como a aplicação extensiva do princípio da proporcionalidade, parecem ter algum eco no próprio *BVerfG*³⁵.

Na verdade, o que esta situação paradoxal (com o seu pêndulo oscilante entre a euforia e a crítica da proporcionalidade) denota é que a tensão entre as duas escolas de pensamento referidas inicialmente não encontrou ainda o seu ponto de equilíbrio. Por vezes, a proporcionalidade em sentido estrito e as operações de ponderação parecem suplantar, com sucesso e definitivamente, a "primeira racionalidade" da ciência do direito, a racionalidade da interpretação e da aplicação de normas jurídicas através da subsunção ou da analogia. Outras vezes, parece que a "velha" racionalidade está aí de novo, moderando as pretensões hegemónicas da "nova" racionalidade³⁶. Na última década, alega-se, o Primeiro Senado do *BVerfG* está a moderar significativamente a postura tradicionalmente proporcionalista, optando agora pela resolução de colisões entre normas através da redução do respetivo âmbito de proteção (designadamente, quando se trata de direitos) e não através da aplicação de instrumentos de harmonização que suponham o emprego de operações de ponderação, como a proporcionalidade. Outros sustentam que o juiz constitucional em regra não pondera bilateralmente (não contrapesa), ficando-se pela salvaguarda de uma *minimal position*, definida através da aplicação de testes parcialmente dedutivos³⁷. Mas logo se adverte que este regresso à "velha racionalidade" lógico-formal transporta aqueles mesmos excessos que se quer evitar com a reivindicada moderação (da aplicação) da proporcionalidade: o decaimento da proporcionalidade e o concomitante reconhecimento ao juiz constitucional de um intenso papel de determinação hermenêutica do âmbito

³⁵ Como o demonstram as posições públicas de **Papier**, «Aktuelle grundrechtsdogmatische...», *cit.*, ou de **Hoffmann-Riem**, «Enge oder weite", Enge oder Weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?», in AAVV *Haben wir wirklich Recht?*, Nomos, Baden-Baden, 2004 e até a aparente inflexão que as decisões do Primeiro Senado sofreram.

³⁶ Por exemplo, na Austrália, onde o princípio emergiu numa forma atenuada nos anos de 1980/90, tem havido um marcado retrocesso: **Evans/Stone**, «Balancing and Proportionality...», p. 2; sobre a alegada moderação do recurso à ponderação pelo Tribunal Constitucional espanhol a partir do final dos anos 1990, v., por exemplo, **Villaverde**, «La resolución...», p. 178.

³⁷ **Šušnjar**, *Proportionality*, p. 238. Saliente-se que o autor admite que embora essa seja a regra, há também situações em que o juiz tem de recorrer a metódicas não dedutivistas que podem ser reconduzidas à categoria da ponderação entendida de uma certa forma (*ob. cit.*, p. 252).

protegido do direito, não diminui o seu poder, antes o pode aumentar, para já não falar do risco de novos défices argumentativos³⁸.

1.3. A urgência da síntese

Esta dialética e estes movimentos pendulares só podem ser lidos de uma maneira: no direito constitucional da atualidade, as duas escolas de pensamento e os respetivos subprodutos estão condenadas a coexistir. Definir uma posição de equilíbrio entre elas é o que se pede à doutrina. Essa posição de equilíbrio é facilitada se for possível construir uma teoria da proporcionalidade mais formalizada e mais densificada e talvez mais universalizante. Esta dissertação pretende ser um contributo para esse objetivo.

Esse projeto enfrenta, naturalmente, dificuldades. Mesmo alguns daqueles que admitem a imprescindibilidade e autonomia (ou pelo menos não a rejeitam liminarmente) da proporcionalidade como instrumento mediador da resolução de colisões normativas, lhe detetam patologias³⁹ e/ou propõem revisões profundas na sua estrutura. Algumas visam, por exemplo, libertá-la de uma lógica exclusivamente consequencialista, introduzindo na sua estrutura espaço para considerações deontológicas⁴⁰.

Por outro lado, a pretensão universalizante, que está subjacente a algumas das efusivas sínteses inicialmente citadas, esbarra com questões pragmáticas: a

³⁸ Para uma crítica dos desenvolvimentos da jurisprudência constitucional jusfundamental alemã, cfr. **Wolfgang Kahl**, «Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik», in *Der Staat*, vol. 43 (2004), pp. 167-202; *idem*, «Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik», in *AöR*, vol. 131, n.º 4 (2006), pp. 579-620; **Renata Martins**, «Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung?» in *DöV* (2007), pp. 456-464. Para um relato sumário, **Maribel Pascual**, *El Tribunal...*, pp. 69 ss., 155 ss., 193 ss.

³⁹ A expressão é de **Endicott**, «Proportionality and Incommensurability», pp. 329 ss.

⁴⁰ V. a exposição clara desta fratura em **Gardbaum**, «Proportionality...», *cit.* É significativo que uma voz tão autorizada na doutrina constitucional americana como **Frederick Schauer**, tenha ensaiado a compatibilização entre a sua conhecida teoria dos direitos como *shields* e o tópico da proporcionalidade, embora em termos que não estão isentos de crítica: v. «Proportionality and the question of Weight», pp. 174 ss.; sobre os direitos como escudos, v. «A Comment on the Structure of Rights», pp. 429 ss.; na mesma linha, **Barak**, *Proportionality...*, pp. 468 ss., 490, *passim* (admitindo a incorporação das noções dos direitos como trunfos [Dworkin] ou como *firewalls* [Habermas] na estrutura da proporcionalidade em sentido estrito) e **Möller**, «Proportionality...», p. 710.

propensão “*camaleónica*” do princípio e das suas derivações, isto é a sua capacidade de se metamorfosear e de se adaptar – mantendo eventualmente a estrutura básica – aos vários ordenamentos, contextos e culturas, leva a que quando focamos aspetos específicos da teoria e da dogmática do princípio da proporcionalidade em distintos ambientes jurídicos nem sempre estejamos a falar da mesma coisa⁴¹.

A proporcionalidade tem aplicações com diferentes graus de exigência. A neutralização das críticas às aplicações menos exigentes não será, porventura, difícil. O facto de o princípio ter começado a ser aplicado mesmo antes de constar das monografias académicas, dos índices ideográficos ou dos dicionários jurídicos⁴², é um sintoma de que responde a um apelo da ideia de justiça e também a uma necessidade prática: o Direito vê-se obrigado a renovar e a aprimorar os seus utensílios, de modo a melhorar a *performance* na resolução das intrincadas colisões de bens, interesses ou valores que uma sociedade pluralista e democrática cada vez mais complexa lhe confia. Um desses utensílios é, justamente, o princípio da proporcionalidade, que não resultou, nem dependeu, de um ato de vontade do legislador, ou de um momento de inspiração criativa do cientista do direito. O princípio foi moldado pela própria dinâmica da resolução concreta de problemas juridicamente relevantes. Até chegar a ser visto como candidato a elemento fundamental do constitucionalismo global⁴³.

O grosso desse debate virá mais adiante.

Por agora, basta acrescentar que, apesar da forte relutância que as expressões de distanciamento indiciam, a principal fratura contemporânea talvez não seja entre formalistas e anti-formalistas ou, mais especificamente, entre quem refuta as bases teóricas e a autonomia da proporcionalidade e quem as defende, entre aqueles que rejeitam a proporcionalidade e aqueles que a aceitam⁴⁴. É sim entre os que

⁴¹ Cfr. **Huscroft, Miller, Webber**, «Introduction...», in Huscroft, Miller, Webber (eds.), *Proportionality and the rule of law...*, p. 3; **Schlink**, «Proportionality in Constitutional Law...», p. 301; **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», pp. 13-14; **Harbo**, «The Function of Proportionality...», p. 171.

⁴² **Jean-Paul Costa**, *Le principe de proportionnalité...*, p. 434, por exemplo, recorda a observação feita por **Braibant** na década de 70 de que o juiz administrativo francês aplicaria o princípio da proporcionalidade sem o saber. O estudo sobre a gradual perceção do princípio na Alemanha revela também uma doutrina e um legislador mais ou menos surpreendidos e “a reboque” da jurisprudência.

⁴³ **Sweet/Mathews**, «Proportionality...», p. 62.

⁴⁴ Mesmo as vozes críticas normalmente não questionam o princípio enquanto tal, apenas contestam a sua expansão ou utilização inadequada. Assim, **Pirker**, *Proportionality...*, p. 114. O princípio vai

desistem de uma teoria dos direitos fundamentais, tudo reconduzindo - incluindo as expressões normativas *mais elementares* de *todos* os direitos - a uma teoria da proporcionalidade ou da otimização e aqueles que consideram que a teoria dos direitos não se confunde com a teoria da proporcionalidade, embora esta seja uma componente primordial daquela. O segundo grupo reconhece que há uma teoria dos direitos que, além de receber parte da teoria da proporcionalidade, contempla temas imunes à proporcionalidade, como a garantia do conteúdo essencial dos direitos, o absolutismo de certas posições jurídicas jusfundamentais, a proibição categórica de certos fins e de certos meios. O Mundo em que pontifica a proporcionalidade não tem de ser um Mundo simplesmente dominado pelo mais frio consequencialismo.

Mais um paradoxo: ambas as correntes, críticas e laudatórias, têm alguma dose de razão quando se referem à relação benéfica ou prejudicial entre direitos fundamentais e a proporcionalidade em sentido estrito, ou o *balancing* na versão americana. Estes tanto podem ser instrumentais a uma tendência global de transição da constituição normativa para uma constituição meramente *prima facie*, como podem ser fortes barreiras à interferência em direitos, entendidos como endemicamente relativos ou derrotáveis por outras considerações.

A diferença de enquadramento normativo e de teorias dos direitos fundamentais, mas também de pensamento jurídico-constitucional, prevalecentes deste e do outro lado do Atlântico, podem explicar muito sobre o radical confronto de paradigmas teóricos. O grande desafio é fugir a este “diálogo de surdos” e desenhar uma conceção de princípio da proporcionalidade que cumpra pelo menos dois desideratos, difíceis mas não inconciliáveis: (i) contribuir para a preservação da unidade e integridade da ordem constitucional⁴⁵, sem se cristalizar numa fórmula rígida⁴⁶, nem fugir à formalização⁴⁷ quanto baste que evite uma estrutura e uma metódica totalmente *ad hoc*, ao sabor das circunstâncias); (ii) evitar ser um fator de

recebendo a adesão, certamente cautelosa e com limitações, de autores que nunca mostraram entusiasmo por um “pensamento de ponderação”: assim v. **Moraes, Curso...**, II, 2, p. 749.

⁴⁵ **Bomhoff, Balancing...**, p. 230.

⁴⁶ **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 1005, sobre o *balancing*, conclui que começando por ser uma forma de fugir ao formalismo se tornou ele próprio uma fórmula rígida e mecanicista.

⁴⁷ Ou à densificação requerida por **Lúcia Amaral, Responsabilidade...**, p. 287 ou até à *tecnificação*, propugnada por **Barnés**, «El principio de proporcionalidad...», pp. 33 ss.

diluição de direitos ou pretexto para regressar a concepções que os vêm como *constraints* absolutos.

1.4. Consciência das origens

O princípio da proporcionalidade foi uma produção de juízes da Europa Central⁴⁸ do pós-guerra, particularmente depois da década de 1950. Contudo, os alicerces teóricos para o seu surgimento não apareceram *ex nihilo*. Na sua configuração atual, a componente da necessidade tem origem no direito administrativo de polícia da Prússia dos séculos XVIII e XIX. A componente de ponderação radica nas escolas francesa e germânica do direito do final do século XIX e do início do século XX, adversárias da ortodoxia formalista clássica, sobressaindo GÉNY⁴⁹ e, mais vincadamente, a *Interessenjurisprudenz* de HECK⁵⁰.

Por seu turno, o desenvolvimento do *balancing* na jurisprudência constitucional norte-americana processou-se no limiar dos anos 1950, ou talvez um pouco antes (mas em época não distante da eclosão da ponderação no direito constitucional europeu), prenunciado por autores proeminentes das primeiras décadas do século XX, como HOLMES, HAND ou POUND⁵¹, em reação ao que este último designou de filosofia mecanicista do direito⁵². Desde então, assistiu-se a um processo de

⁴⁸ Emiliou, *The Principle...*, p. 6: “judge-made doctrine of public law”; Hickman, «Proportionality...», p. 31.

⁴⁹ François GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 1899; cfr. Bomhoff, *Balancing...*, pp. 57 ss.

⁵⁰ Em reação à *Begriffsjurisprudenz* de Puchta, Jhering (antes da sua evolução doutrinária) e Windscheid. V. Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Mohr, Tübingen, 1932; *The Jurisprudence of Interests*, trad. M. Magdalena Schoch, Harvard University Press, Cambridge, 1948. Embora esta (primeira) tradução em inglês seja de 1948, as obras relevantes do autor sobre o tema começam a ser publicadas no início do século XX.

⁵¹ V. uma súpula do pensamento “balancer” destes autores em Kennedy, «A Transnational Genealogy...», pp. 200 ss.

⁵² Kennedy, «A Transnational Genealogy...», pp. 197 ss.; Bomhoff, *Balancing...*, pp. 7, 17, 28 ss., notando a intrigante sincronização entre as receções do *balancing*/proporcionalidade pelas jurisprudências constitucionais da RFA e dos EUA, quer no tempo, quer até na matéria (liberdade de expressão); Chester Antieau, «The Jurisprudence of Interests as a Method of Constitutional Adjudication», in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 27 (1977), pp. 823 ss.

fertilização cruzada⁵³ entre jurisprudência e doutrina e entre contributos de várias ordens jurídicas, nacionais, supranacionais e internacionais, que tornam insatisfatório qualquer estudo que se cinja a um concreto espaço jurídico ou zona de aplicação do Direito.

1.5. O irresistível processo de enriquecimento, ramificação e aplicação geral

Na fase inicial de gestação, os utensílios teóricos, analíticos e epistemológicos não permitiam mais do que a perceção do princípio *clássico* da proporcionalidade. A proporcionalidade clássica confundia-se e reduzia-se à proibição do excesso. Proporcionalidade clássica e proibição do excesso são a mesma coisa.

Como veremos, hoje pode falar-se, a par dessa versão clássica, de uma versão moderna e mais rica de proporcionalidade. Tal versão moderna responde à necessidade de aperfeiçoar respostas perante a *diversidade* de colisões normativas e à necessidade de instrumentos diferenciados de mediação da resolução dessas colisões. A recorrente colisão entre interesses públicos e posições jurídicas subjetivas decorrentes de direitos fundamentais impõe uma aproximação que não coincide com a requerida por outros tipos de colisões, como as que se travam entre posições jurídicas subjetivas tuteladas através de deveres de ação e de abstenção do legislador.

Seja na versão clássica ou na moderna, o princípio da proporcionalidade responde a exigências garantísticas, harmonizadoras, racionalizadoras, de transparência e objetivação de decisões de autoridade em situações de colisão de bens, interesses ou valores, comuns a ordens jurídicas avançadas e modernas, o que é comprovado pelo facto de nos Estados Unidos da América e em outras latitudes se detetarem *standards* comparáveis (mas não necessariamente assimiláveis).

No entanto, o real potencial do princípio clássico da proporcionalidade ou proibição do excesso é motivo de disputa. As posições sobre o tema oscilam entre quem o

⁵³ A imagem é de **Hickman**, «Proportionality...», p. 31; **Klatt**, «Preface», in *Institutionalized Reason*, cit.

considera um artefacto da argumentação jurídica semelhante a um quebra-nozes⁵⁴ ou a um canivete suíço⁵⁵ e quem alega que verdadeiramente nada diz sobre como se resolvem conflitos constitucionais⁵⁶.

Neste trabalho focaremos o princípio enquanto norma de ação e norma de controlo, isto é, como instrumento de harmonização, racionalização e melhoria do *procedimento democrático de decisão legislativa* e da *própria decisão legislativa*, bem como do *processo de controlo* dessa decisão.

O princípio clássico da proporcionalidade ou da proibição do excesso define-se como um instrumento *formal* de mediação e de controlo da decisão do legislador democrático. Embora possa servir (e normalmente sirva) de veículo de valores substantivos supremos do Estado de Direito e se possa dizer que, como instrumento de racionalização, veicula mais facilmente esses valores do que quaisquer outros (não se podendo, por isso, dizer que é *totalmente* neutral), aquele princípio é instrumental em relação a eles.

Esta visão formal do princípio é compaginável com a possibilidade de ele ser desenhado de modo a evitar que o juiz constitucional o use para impor antidemocraticamente a sua própria cosmovisão, os seus próprios valores ou ideologias, em competição com as do legislador, mesmo que não seja possível (nem desejável) exigir-lhe neutralidade (moral, política, ideológica).

Um dos aspetos que a doutrina debate é se, não obstante o facto de o princípio clássico da proporcionalidade ou da proibição do excesso ter forçado a entrada nos manuais científicos, no direito legislado e até na argumentação jurídica e política mais difundidas⁵⁷, ele tem um alcance limitado, que obsta, por exemplo, a que se lhe reconheça a natureza de “*princípio generalíssimo de direito*”. Poderá suceder que seja convocado apenas num ou noutro ramo do direito⁵⁸. Ou que lhe seja

⁵⁴ **Wong**, «Towards the Nutcracker Principle...».

⁵⁵ **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, p. 11.

⁵⁶ **Réaume**, «Limitations...», p. 4 (o teste da proporcionalidade funciona melhor como forma de diagnosticar um conflito do que como modo de o resolver).

⁵⁷ Às vezes com utilizações surpreendentes: por exemplo, em 27 de Novembro de 2004, um dos candidatos a Bastonário da Ordem dos Advogados, Rogério Alves, interpelado pelo jornal *Expresso* sobre os critérios da intervenção mediática do Bastonário respondeu que “a intervenção mediática é como as medidas de coacção: deve obedecer aos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade” ...

⁵⁸ Não é difícil encontrar exemplos de visões particularistas que, embora sem excluírem que se possa aplicar noutros ramos, confinam a proibição do excesso a um ou vários ramos específicos do direito:

reconhecida a natureza de princípio geral⁵⁹, mas com limites⁶⁰. Para se chegar ao princípio da proibição do excesso como “*princípio generalíssimo do direito*” teria de se demonstrar, entre outros aspetos, que: (i) vigora em todos os ramos do direito; (ii) se aplica em todas as fases de criação/aplicação do direito; (iii) tem por destinatários todos os sujeitos jurídicos; (iv) não é simplesmente tributário de uma intenção garantística, sendo antes uma diretiva objetiva geral de harmonização de bens, interesses e valores, subjetivados e não subjetivados.

O presente trabalho contribui apenas parcialmente para esse debate, uma vez que se interessa exclusivamente pela sua refração na atividade do legislador e respetivo controlo.

2. A aplicabilidade à atividade do legislador

A viagem do princípio clássico da proporcionalidade ou da proibição do excesso do direito administrativo para o direito constitucional não se processou sem

por exemplo, **Afonso Queiró**, *Lições...*, p. 586, refere-se a um “princípio geral de *direito administrativo*”; no mesmo sentido, **Sérvulo Correia**, *Legalidade...*, p. 662; **Canotilho**, *Tópicos...*, p. 306, fala de “princípio jurídico fundamental de *direito constitucional*”;

⁵⁹ No sentido da qualificação como princípio geral de direito, **Miranda**, *Direito Constitucional-Introdução...*, 1978-1979, pp. 147-148; **Hirschberg**, *Grundsatz...*, p. 34 (note-se, porém, que este autor propõe uma atenuação da ideia em momento mais adiantado da obra, p. 193: a locução “princípio geral” seria demasiado vasta, uma vez que o princípio não relativiza a aplicação de todas as normas jurídicas, mas apenas das que tiverem alguma abertura normativa); **J. M. F. Almeida**, *Procedimento...*, p. 475.

⁶⁰ Uma das questões mais divisivas é se o exercício de direitos constitucionalmente garantidos está sujeito a uma ideia de proporcionalidade. Questão recorrente é a do exercício do direito à greve. Mas aí não pode deixar de se propor uso limitado do princípio. Por exemplo, no quadro constitucional atual, uma greve de pilotos da TAP que vise pressionar o acionista maioritário a alienar a empresa só em certas circunstâncias especialmente vantajosas para os grevistas, mesmo que a greve ponha em risco a própria subsistência da empresa e a sua viabilidade e manutenção dos postos de trabalho, parece desproporcionada, por violação da necessidade e da proporcionalidade e.s.e. com o conteúdo que estudaremos. Mas, ainda assim, não é suscetível de censura jurídico-constitucional. V. alguns casos estudados por **Hirschberg**, *Grundsatz...*, pp. 153 ss., 172, respeitantes à aplicabilidade do princípio da proibição do excesso (ou, no caso do autor, das máximas da adequação e da necessidade) na avaliação de ações de luta sindical (greves, boicotes, manifestações, destruição de stocks ou danificação de instalações, impedimento de abastecimentos, etc.).

resistências⁶¹. Mas hoje é inequívoco que se trata de um princípio constitucional a que as normas legislativas devem respeito^{62/63}.

Todavia, nem sempre daí se retiram todas as consequências. Se o princípio da proibição do excesso vincula o legislador na feitura da lei, é inevitável que haja uma sua aplicação no momento *da emissão* das normas e outra no momento do respetivo *controlo*. Porém, os ensaios mais influentes tendem a concentrar-se invariavelmente na sua aplicação no âmbito da atividade judicial, designadamente no controlo das normas legislativas⁶⁴. Algumas vezes ignoram que para que o princípio seja um parâmetro da *judicial review* tem de ser antes um comando vinculativo para o legislador⁶⁵. Outras vezes admitem tacitamente isso, sem qualquer pesquisa ou desenvolvimento das respetivas consequências.

⁶¹ A crítica mais citada à extensão do princípio da proporcionalidade, do seu campo original de atuação para o direito constitucional, é da autoria de **Forsthoff**, *Der Staat der Industriegesellschaft*, pp. 137 ss.: o princípio da proporcionalidade, para se manter manejável, teria de incidir sobre âmbitos relativamente restritos. Não se deve negligenciar a diferença entre o direito de polícia onde, embora haja uma certa margem de escolha, esta sempre estará limitada por um repositório mais ou menos definido de instrumentos, e o direito constitucional, onde o legislador dispõe de uma ampla liberdade de conformação. O autor noutro local parece aderir a tese mais moderada (nota-o também **Hans Schneider**, «Zur Verhältnismässigkeit ...», p. 395): cfr. *Traité de Droit Administratif Allemand*, p. 130: a Constituição alemã protegeria com tal insistência a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade que não se poderia admitir que o legislador e a administração impusessem à liberdade restrições que excedessem o que é necessário para a finalidade seguida. Pela mesma altura, registre-se também a vigorosa crítica de **Eberhard Schmidt**, *Der Strafprozeß. Aktuelles...*, pp. 1141 ss., dirigida sobretudo contra os malefícios da aplicação do princípio no âmbito do processo penal, entre os quais se destacaria um "totalmente incontrolável e irracional decisionismo" (p. 1142).

⁶² Entre muitos, **Häberle**, *La garantia...*, p. 67 (notando que na década de 1960 a doutrina maioritária já ia no sentido da aplicação à lei: cita até obras da década de 1950, como **Franz Jerusalem**, «Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung », in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, vol. 5, n.º 1 (1950), pp. 1-2, 7-8); **Miranda**, *Manual...*, IV, 5.ª ed., p. 307 ("é na função legislativa que [o princípio] assume maior relevância"); **Kluth**, «Prohibición...», p. 225; **Barak**, *Proportionality...*, pp. 459, 462 (antes de emitirem uma lei limitadora de um direito constitucional os membros do órgão legislativo têm de estar persuadidos da sua justificação; a natureza estruturada da proporcionalidade está predominantemente desenhada para assistir os membros do parlamento a pensarem "constitucionalmente"; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 82. Todavia, esta orientação não é totalmente consensual. Logo na década de 1950, isso era colocado em dúvida por **Pohl**, *Ist der Gesetzgeber...*, p. 119.

⁶³ Isso foi assumido pelo Tribunal Constitucional sem resistência aparente, embora nem sempre de forma tão clara como a do Acórdão n.º 187/01, de Paulo Mota Pinto: «Não pode contestar-se que o princípio da proporcionalidade, mesmo que originariamente relevante sobretudo no domínio do controlo da actividade administrativa, se aplica igualmente ao legislador. Dir-se-á mesmo – como o comprova a própria jurisprudência deste Tribunal – que o princípio da proporcionalidade cobra no controlo da actividade do legislador um dos seus significados mais importantes.» (n.º 15).

⁶⁴ Entre as exceções v., por exemplo, **Ekins**, «Legislating Proportionately», *cit*.

⁶⁵ Há mesmo quem, distinguindo entre questão primária (respondida pelo decisor original ou primário) e questão secundária (respondida pelo tribunal), considere que a proporcionalidade é uma questão secundária, um *standard* externo à decisão primária, não sendo consequentemente parte da

Do ponto de vista científico, isso leva a deficiências relevantes. A construção teórica e dogmática do princípio a partir da sua aplicação em sede de controlo leva a que surjam modelos e metódicas da proibição do excesso que mesmo que correspondessem (e nem sempre correspondem) à prática judicial, nunca poderiam adaptar-se ao contexto legislativo. Uma das mais notórias, que abordaremos em vários momentos, é a que vê na proibição do excesso um instrumento que permite aos tribunais um juízo neutral, não prejudicado pelos valores dos próprios juízes, sobre os factos e as valorações trazidos pelas partes ao processo judicial⁶⁶.

Essa aversão tem uma explicação simples. De um modo geral, são raros os ordenamentos jurídicos onde ao princípio da proibição do excesso é atribuída visibilidade metódica ou presença formal no curso do procedimento que conduz à emissão da norma legislativa. Isso decorre, desde logo, de nem sempre o procedimento de formação da vontade legislativa (e o mesmo se pode dizer sobre outros procedimentos de conformação normativa) permitir, em todos os seus momentos, o enclausuramento numa lógica sequencial e formalizada. Quando o projeto de norma está numa fase de redação ou conceção, ou seja, ainda não estabilizou como iniciativa formal junto do órgão legislativo, é eventualmente difícil delimitar e autonomizar os vários momentos da metódica aplicativa, desde a verificação ou preenchimento dos pressupostos de aplicabilidade, até à avaliação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Há operações isoláveis ou cindíveis no plano lógico, mas que parecem irredutíveis a uma qualquer sequência ou tramitação processual. Nessa fase inicial precisam-se instruções políticas, fazem-se testes argumentativos e aproximações sucessivas, ocorrem adquiridos graduais, com avanços e recuos ao nível das opções, num "vai e vem" próprio do procedimento de feitura de normas legislativas. Mas esse panorama, relativamente difuso e errático, normalmente sem disciplina nem visibilidade

decisão primária. Isto é, o decisor primário não tem de considerá-la na sua decisão (embora o possa fazer), porque é uma questão que compete ao juiz responder: **Brady, *Proportionality*...**, p. 12. Apenas parcialmente coincidente é o raciocínio de **Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*...**, p. 179: o princípio da proporcionalidade só seria aplicável em situações onde já há uma medida concreta, a ser testada, que constitui a *variável de referência* do exame de proporcionalidade. Não existindo essa variável de referência, isto é, estando ainda na fase de produção da própria medida de resolução de um conflito ou colisão de bens, interesses ou valores, ao seu autor cabe apenas realizar uma *operação de ponderação* (ou *sopesamento*) e não a aplicação daquele princípio. A propósito da proibição do defeito encontramos pronunciamentos e debate comparáveis.

⁶⁶ Cfr. **Beatty, *The Ultimate*...**, p. 171.

procedimental, altera-se a partir do momento em que o projeto de norma adquire relativa estabilidade como iniciativa legislativa formal, a ser debatida e eventualmente aprovada por um órgão legislativo. Aí a visibilidade procedimental da proibição do excesso depende simplesmente de opções sobre a estruturação do procedimento legislativo e nada obsta à sua aplicação ordenada.

As dificuldades endémicas que ainda se enfrenta quando se trata de estudar a proibição do excesso como norma que o legislador tem de observar podem ser minimizadas com o desenvolvimento da ciência da legislação, ou *legisprudência* e, dentro dela, de uma teoria do método legislativo, que se repercuta no direito positivo. É certo que o panorama continua a ser o de que os trabalhos incidentes sobre o método legislativo e as várias etapas da legiferação não identificam claramente o *locus* metódico em que estes instrumentos de racionalização são inseridos⁶⁷. Mas começa a ser possível referenciar trabalhos que se esforçam por o fazer⁶⁸, com expressa alusão ao princípio da proporcionalidade como uma das regras mínimas de racionalidade⁶⁹. Esse desenvolvimento tem alguma correspondência ao nível do direito positivo, designadamente constitucional e parlamentar e até ao nível da jurisprudência.

No plano do direito positivo é significativo o desenvolvimento que se regista na União Europeia, onde os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade assumiram uma assinalável relevância na legitimação do procedimento legislativo e da legislação europeia (e até, quanto ao primeiro, na integração dos parlamentos nacionais no procedimento legislativo europeu)⁷⁰.

Não é improvável que se assista a evoluções simétricas nas ordens constitucionais internas⁷¹. Na Alemanha o próprio juiz constitucional impôs ao legislador, com

⁶⁷ V., por exemplo, **Caupers/Almeida/Guibentif, Portugal e a Europa. Feitura das Leis**, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2014, pp. 72 ss.: os autores mencionam apenas uma etapa de colocação da questão da necessidade de lei, em alternativa a outras formas de regulação da matéria e de obtenção dos objetivos (*ob. cit.*, pp. 74-75). Trata-se de um tema que fica a montante da aplicação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

⁶⁸ Cfr., por todos, um dos autores de referência da teoria da legislação, **Morand**, «Les exigences de la méthode législative...», pp. 410 ss.

⁶⁹ **Morand**, «Les exigences de la méthode législative...», pp. 411, 412, *passim.*; **Morais, Manual de Legística**, p. 48.

⁷⁰ Cfr. *infra*, capítulo 2.

⁷¹ Para uma defesa da interiorização e formalização parlamentar de sistemas de defesa de direitos, **Janet Hiebert**, «A Hybrid Approach to Protect Rights? An Argument in Favour of Supplementing

vista à otimização do procedimento legislativo e da legislação, alguns princípios metódicos da elaboração das leis, cujo cumprimento aquele fiscaliza⁷².

Enquanto esses desenvolvimentos não se tornam inequívocos e consequentes, o panorama permanecerá desincentivador da investigação nessa área. Apesar de ser um mecanismo indutor de racionalidade do procedimento legislativo e do conteúdo das normas legislativas, de o legislador estar vinculado à sua observância e de ser um dos responsáveis pela morbilidade das normas legislativas na jurisdição constitucional, o princípio da proibição do excesso passa praticamente incógnito - ou pelo menos, inominado - no procedimento legislativo. Qualquer incursão de acordo com os cânones da ciência do direito arrisca-se a misturar matéria genuinamente científica e hipóteses difíceis de provar, premissas assentes na intuição ou considerações políticas. Com esse pano de fundo compreende-se que a esmagadora maioria dos trabalhos sobre o princípio da proibição do excesso, mesmo aqueles que convictamente admitem a sua aplicabilidade à atividade legislativa, cedam à tentação de se cingir à atividade judicial, sob múltiplos ângulos. Nesta dissertação procura-se escapar a tal tentação. O seu ponto de partida é que o princípio da proibição do excesso se reflete quer na atividade do legislador quer na atividade do juiz constitucional. Em cada uma delas, a sua refração tem características singulares. Mas só é possível compreender adequadamente a estrutura e o conteúdo do princípio da proibição do excesso aplicável pelo juiz constitucional na atividade de fiscalização das normas legislativas se tivermos *previamente* estabelecido a estrutura e o conteúdo do princípio aplicável à atividade do legislador. O que o juiz puder fazer com o princípio da proibição do excesso depende do modo como legislador está a ele vinculado. É uma premissa lógica elementar que o juiz constitucional nunca poderia controlar a observância do

Canadian Judicial Review with Australia's Model of Parliamentary Scrutiny», in *Federal Law Review*, vol. 26 (1998), pp. 115-138: os juízes têm dificuldade em julgar a "razoabilidade" das normas (leia-se, proporcionalidade), pelo que deveriam ser as comissões permanentes dos parlamentos (refere-se, em particular, ao parlamento canadiano, usando como exemplo o australiano) a assegurar formalmente essa função.

⁷² Cfr., por todos, **Christoph Gusy**, «Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre», in *Zeitschrift für Rechtspolitik* (1985), pp. 291-299; **Morand**, «Les exigences de la méthode législative...», *cit.* Os autores identificam essencialmente quatro princípios metódicos a serem observados pelo legislador: (i) obrigação de estabelecer os factos que constituem a base da legislação; (ii) obrigação de apreciação dos dados e das alternativas; (iii) obrigação de avaliação prospetiva; (iv) obrigação de monitorizar e corrigir a lei.

princípio pelo legislador além daquilo a que este estiver obrigado pelo mesmo princípio.

Uma teoria completa e coerente do princípio da proibição do excesso começa por estudar de que forma vigora no âmbito da atividade do legislador, parte daí para ver como é que o juiz constitucional fiscaliza o seu cumprimento e apresenta uma visão que articule coerentemente essas duas vertentes.

Como veículo analítico da exposição recorre-se à distinção conceitual entre norma de ação e norma de controlo⁷³.

Como norma de ação dirigida ao legislador, o princípio da proibição do excesso está ao serviço de um *programa final* ou *diretiva*: o resultado da decisão legislativa deve ser proporcional. Nessa medida, o princípio da proibição do excesso descreve-se como um conjunto de critérios que devem ser observados no procedimento - não linear nem necessariamente ritualizado - de decisão legislativa, funcionando implicitamente como *mediadores das operações de ponderação e harmonização* realizadas pelo legislador.

O ato de legislar pode ser estimulado por apelos populares mais ou menos difusos; mas normalmente não corresponde a uma simples resposta intuitiva, instintiva ou emocional a preferências populares, implicando escolhas que correspondem a razões decorrentes de juízos morais realizados pelo legislador⁷⁴. O princípio da proibição do excesso, como diretiva de legislar proporcionalmente, oferece um *quadro procedimental* para a procura do melhor argumento e para a seleção, apreciação e ponderação das boas razões para deliberar, num contexto comunicativo dinâmico que facilite o consenso, a resolução de conflitos, a reconciliação de ideologias competitivas e de cosmovisões diversas⁷⁵.

Em contrapartida, no contexto da atividade de controlo da constitucionalidade das normas legislativas pelo juiz constitucional o princípio da proibição do excesso é um *parâmetro* para o *julgamento das operações de ponderação harmonização* realizadas pelo legislador.

⁷³ V. *infra*, neste capítulo introdutório.

⁷⁴ Cfr. **Ekins**, «Legislating Proportionately», p. 346.

⁷⁵ Adaptamos aqui propositadamente alguns dos pontos cardeais da teoria do discurso racional de **Habermas**, *Facticidad...*, uma vez que entendemos que a vertente mediadora de procedimentos da proporcionalidade não é incompatível com eles.

Esta diferenciação funcional tem consequências institucionais e estruturais que a melhor literatura sobre o princípio nem sempre valoriza ou reconhece. O discernimento dessas diferenças será um dos tópicos a que nos dedicaremos em vários momentos.

3. O léxico

Num estudo sobre o instrumento de mediação ou parâmetro proibição do excesso⁷⁶, continua a ter de se fazer escolhas semânticas.

O objeto do presente trabalho enfrenta um problema geral de instabilidade terminológica.

Em alguns casos, essa instabilidade terminológica decorre de meras opções de estilo, pessoais ou convencionais, sem consequências dogmáticas. Noutros casos espelha divergências sobre aspetos substantivos da natureza, estrutura e conteúdo da exigência da proibição do excesso. Por isso, algumas das opções terminológicas realizadas nesta fase prematura envolvem opções dogmáticas que só serão adequadamente explicadas mais tarde.

A terminologia adotada depende de opções formais, linguísticas e conceptuais, mas também de opções teoréticas. Focaremos oito núcleos: (i) harmonização; (ii) proporcionalidade ou proibição do excesso? (iii) Segmentos da proibição do excesso; (iv) avaliações, qualificações; (v) ponderação, valoração, contrapeso, comensurabilidade; (vi) fim, meio, efeitos; (vii) norma de ação e/ou norma de controlo; (viii) regra, princípio ou *tertio genus*?

⁷⁶ Dispensamo-nos aqui de um recenseamento exaustivo de todas as formas por que a proporcionalidade ou proibição do excesso aparece designada na doutrina universal, avultando a pesquisa de **Nogueira, Direito Fiscal...**, pp. 65-66: *princípio, máxima, linha orientadora, condição, método de decisão, estrutura analítica, conceito, supra-conceito, critério, requerimento, juízo, teste, dever, controlo*; ele próprio avança com o vocábulo *operador* (*ob. cit.*, p. 22). Poderiam aditar-se outras hipóteses, como o *postulado* de **Ávila, Teoria...**, 7^a ed., *passim*, ou a *estrutura argumentativa* de **Poscher**, «Insights, Errors...», p. 446. Algumas destas designações estão vinculadas a visões teóricas específicas. O termo "instrumento". "instrumento de mediação" ou "parâmetro", que usaremos reiteradamente, reporta-se à natureza *formal* e *metodológica* da proporcionalidade como *construção jurídica* ou *instituição* que tem uma função analítica *instrumental* na resolução de problemas de criação, aplicação e controlo das normas jurídicas. Assim, **Barak, Proportionality...**, p. 460.

3.1. Harmonização

Seja de um princípio geral da *unidade da constituição*, seja de proposições constitucionais expressas, extraem-se comandos de harmonização⁷⁷, vigentes em situações de colisão de bens, interesses ou valores com cobertura constitucional. A harmonização é por vezes assimilada a concordância prática⁷⁸.

O objetivo ou resultado a atingir através da harmonização legislativa é que na composição legislativa de bens, interesses ou valores colidentes nenhum deles seja desatendido ou integral e permanentemente sacrificado. As operações de harmonização podem resultar em vários tipos de harmonização: igualitária, paritária, equitativa ou equilibrada, se os bens, interesses ou valores colidentes logram graus de realização, satisfação ou proteção equivalentes; ou não igualitária, não paritária, não equitativa ou desequilibrada, se os bens, interesses ou valores colidentes logram graus de realização, satisfação ou proteção não equivalentes⁷⁹. A harmonização não implica compromisso nem obsta a que haja um bem, interesse ou valor "vencido" e outro "vencedor"⁸⁰.

Exemplo de harmonização legislativa, é o do artigo 33.º-A da lei orgânica do Sistema de Informações da República Portuguesa (SIRP)⁸¹, sobre a colisão entre o direito de defesa em processo penal dos funcionários do SIRP e o segredo de Estado.

Por vezes distingue-se entre colisão e conflito - ou colisão autêntica e inautêntica -, dedicando-se a primeira expressão à contradição entre direitos e a segunda à contradição entre direitos e interesses coletivos ou públicos⁸². De um modo geral, fixar-nos-emos na noção de *colisão* para qualquer dessas ocorrências, uma vez que

⁷⁷ V. *infra*, capítulo 6.

⁷⁸ V., por todos, **Canotilho, Direito...**, 7.ª ed., p. 1225 e capítulo 25.

⁷⁹ Como veremos (*infra*, capítulo 9), o conceito de harmonização que assume posição vetorial ao longo deste trabalho não se reporta ao conceito de *leis harmonizadoras* proposto por alguma doutrina (cfr., por todos, **Andrade, Os Direitos...**, 5.ª ed., pp. 298 ss.) em contraposição às leis restritivas e as outras categorias de leis interventivas nos direitos fundamentais.

⁸⁰ **Muzny, La technique de proportionnaloté...**, p. 342.

⁸¹ Lei n.º 30/84, na redação da Lei Orgânica n.º 4/2014, de 13 de Agosto.

⁸² V., por exemplo, **Andrade, Os Direitos...**, 5.ª ed., pp. 265, 298.

não parece haver razão substantiva para expressões distintivas. Quanto muito, há mera conveniência pedagógica.

3.2. Proporcionalidade ou proibição do excesso?

No contexto continental europeu e sul-americano há quem use "proporcionalidade"⁸³ e há quem opte por "proibição do excesso". Trata-se de uma simples preferência estética ou há mais do que isso? Há quem considere as duas expressões sinónimas, utilizando-as cumulativamente, ou preferindo uma, mas também há quem lhes atribua significados distintos.

3.2.1. Orientações aglutinadoras

A orientação mais difundida é no sentido de considerar proporcionalidade e proibição do excesso conceitos sinónimos⁸⁴ - podendo ser usados indiferentemente ou até cumulativamente -, ou parcialmente sinónimos. Dentro das orientações aglutinadoras é possível vislumbrar, portanto, pelo menos, (i) uma opção plenamente aglutinadora; (ii) uma opção parcialmente aglutinadora.

A conceção plenamente aglutinadora usa indiferentemente proibição do excesso e proporcionalidade como conceitos sinónimos, mesmo quando entende que um ou outro é mais apropriado⁸⁵. A conceção parcialmente aglutinadora admite uma

⁸³ Sobre a origem etimológica do vocábulo proporcionalidade, a partir de ἀναλογία (analogia) e da sua derivação latina *proportionalitas*, v. **Nogueira, Direito Fiscal...**, p. 40.

⁸⁴ **Stern**, «Zur Entstehung...», pp. 165 ss.; **Ossenbühl**, «Masshalten...», p. 152; **Grabitz**, «Der Grundsatz...», p. 570; **Ress**, «Der Grundsatz...», p. 4; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 545.

⁸⁵ Por exemplo, **Hirschberg, Der Grundsatz...**, p. 19; **Schnapp, Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs**, p. 852; **Wendt, Der Garantiegehalt...**, p. 415; **Kluth**, «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad...», pp. 219-220. Na doutrina portuguesa, **F. A. Correia, O plano urbanístico...**, p. 441; **Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves, J. Pacheco Amorim, Código do Processo...**, p. 153; **Canotilho / Moreira, Constituição da República Portuguesa anotada**, 1.ª ed. (1978), p. 84; 2.ª ed. (1984), p. 170; 3.ª ed. (1993), p. 152; **Margarida M. O. Cabral, Poder de expropriação...**, p. 122; **Paulo Pitta e Cunha/Jorge Costa Santos Responsabilidade Tributária dos Administradores ou Gerentes**, Lisboa, 1999, p. 117; **Alexandrino, Direitos...**, p. 134; **Leão, Notas...**, pp. 999 ss.; **Andrade**, em alguns locais do seu **Os Direitos...** (p. 144, por exemplo); **Sampaio, O Dever de protecção policial...**, pp. 137 ss. A hesitação

coincidência entre as duas noções apenas parcial. Assim, alguma jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão emprega o termo excesso ou excessivo para denotar simplesmente o segmento da proporcionalidade em sentido estrito⁸⁶.

Mas mesmo quem aceite a sinonímia mostra por vezes preferência por uma ou outra das hipóteses, em função de critérios de (i) popularidade, (ii) capacidade distintiva, (iii) capacidade de síntese dos segmentos, (iv) correspondência ao sentido material ou até da (v) carga de emotividade.

Em Portugal, o índice da popularidade parece pender para “princípio da proporcionalidade”. É a designação preferida pela maioria da doutrina⁸⁷ e da jurisprudência relevante⁸⁸, além de ter obtido consagração positiva na Constituição e na lei ordinária, circunstância que a alternativa “proibição do excesso” não pode invocar a seu favor. O mesmo sucede noutros ordenamentos jurídicos⁸⁹, incluindo nos novos espaços de expansão do princípio, particularmente nos Estados que usam a língua inglesa como primeira língua ou como língua de referência, onde os termos *proportionality* ou *proportionality principle* são universalmente empregues.

entre as duas designações é patente em alguns autores de referência na doutrina nacional, como **J.J. Gomes Canotilho** que, após ter oscilado ao longo de várias obras entre proporcionalidade e proibição do excesso, se firmou a dada altura na opção “princípio da proporcionalidade” (cfr. 5ª ed. do *Direito Constitucional*, p. 386). Mas na 6ª edição do *Direito Constitucional*, p. 382, a epígrafe da secção respetiva foi alterada de “princípio da proporcionalidade” para “princípio da proibição do excesso”, recuperando a terminologia utilizada desde a 1ª ed. da obra produzida em parceria com **Vital Moreira**, *Constituição da República Portuguesa anotada*, pp. 84 e 471, acima citada.

⁸⁶ **Emiliou**, *The Principle...*, p. 25; parece ser essa também a opção de **Vasco Pereira da Silva**, *A Cultura...*, p. 105.

⁸⁷ V., entre outros, **Moreira**, *A ordem jurídica...*, pp. 150, 225; **Marcelo Rebelo de Sousa**, *Direito...*, p. 93 e *Lições...*, p. 144; **Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos**, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, 2.ª ed., p. 211; **Sérvulo Correia**, *Legalidade...*, p. 113 e outros locais; **Miranda**, *Manual...*, tomo IV, 4.ª ed., pp. 279 ss. e muitos outros locais; **Freitas do Amaral**, *Direito...*, II, p. 202; **Andrade**, *O dever de fundamentação...*, p. 383 e outros locais; **Fernando A. Correia**, *O plano urbanístico...*, pp. 441 ss.; **Vaz**, *Lei e reserva da lei...*, p. 328; **Vinício Ribeiro**, *A Constituição...*, p. 37; **Nuno e Sousa**, *A liberdade de imprensa*, pp. 267, 292 (cfr., porém, *idem*, p. 73); **M. Luísa Duarte**, *A liberdade de circulação...*, p. 300; **Almeida**, *Procedimento...*, p. 475; **Eduardo Paz Ferreira**, *Da dívida pública...*, p. 153; **Gouveia**, *O Estado de Excepção...*, pp. 825 ss.; **Lúcia Amaral**, *Responsabilidade...*, pp. 285, 287, 340, 444, 464, 519, 520, 522; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, cit.; **Suzana Silva**, «O Tetralemma...», cit.; **Morais**, *Curso...*, tomo II, vol. II; **Otero**, *Manual de Direito Administrativo*, p. 370. O próprio autor destas linhas utilizou esse *nomen* como título de entradas em enciclopédias (1994, 2013).

⁸⁸ V. *infra*, capítulo 3.

⁸⁹ Mas não na jurisprudência constitucional alemã onde o *BVerfG* muito raramente fala de princípio da proporcionalidade, preferindo proibição do excesso: **Kluth**, «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad», cit.

Ao invés, a expressão proibição do excesso tem um índice distintivo superior. Mesmo que não se tome em consideração o contexto em que as noções surgem, não há, por exemplo, possibilidade de confusão entre “proibição do excesso” e as várias expressões do que designaremos por proporcionalidade quantitativa (a proporcionalidade do direito eleitoral, a proporcionalidade do direito tributário, etc). Além disso, não há possibilidade de confusão entre o princípio globalmente considerado e um dos seus segmentos, a proporcionalidade em sentido estrito.

A noção de proibição do excesso é também a que melhor sintetiza os segmentos em que o princípio se desdobra: a ideia geral subjacente é que as normas não devem exceder, *ir além*, do que é adequado e necessário para atingir um fim, nem ser desproporcionadas aos efeitos que se pretende atingir. Pode até suceder que o princípio se contente com a *não desproporcionalidade*, não exigindo *positivamente* a proporcionalidade, pelo que falar-se de princípio da proporcionalidade seria enganador⁹⁰.

As palavras não possuem apenas um significado, podem também transportar consigo a própria avaliação (jurídica, ética, etc.) do significante⁹¹. Contudo, as duas expressões parecem possuir “carga de emotividade” equivalente, pelo que esse critério não desempenha aqui papel relevante.

3.2.2. Orientações diferenciadoras

A fungibilidade entre proibição do excesso e proporcionalidade é negada por alguns autores⁹². É o caso do setor que identifica o princípio da proibição do excesso com um específico limite aos limites dos direitos fundamentais, *a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais*. Proibição do excesso significaria proibição da afetação do núcleo essencial ou mínimo dos direitos fundamentais. Haveria excesso

⁹⁰ Sobre estes argumentos, **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 546; cfr. **Larenz**, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, Beck, München, 1979, pp. 130 ss.

⁹¹ Sobre a importância da carga emotiva que cada expressão carrega, v., por todos, **Charles L. Stevenson**, *Ethics and Language*, Yale University Press, 1944, pp. 31 ss.; **Alexy**, *Teoria de la Argumentación...*, pp. 56 ss. No campo da proibição do excesso, cfr. **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 41.

⁹² Por exemplo, **Zippelius**, *Allgemeine Staatslehre*, p. 291; **Almeida**, *Procedimento...*, p. 476; **Ávila**, *Teoria...*, 7ª ed., p. 146.

sempre que o núcleo essencial não se mostrasse devidamente salvaguardado perante uma medida restritiva⁹³.

É certo que a garantia de um núcleo essencial dos direitos totalmente salvaguardado perante eventuais restrições ou limites subjaz também uma preocupação de obviar a uma restrição *intolerável*, uma restrição que possa ofender o núcleo mais básico de um direito fundamental de modo tal que o desvitalize. E é exato que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais não se deve confundir com a proporcionalidade clássica. É nessa direção que se avançará mais adiante⁹⁴. Contudo, não parece que a forma mais transparente e clarificadora de expressar essa partição seja designar aquela proteção através da expressão *proibição do excesso*, distinguindo-a da proporcionalidade. O conceito de proibição do excesso adquiriu na dogmática e na jurisprudência um préstimo mais amplo do que a garantia do conteúdo essencial de direitos fundamentais (ou, mais especificamente, dos direitos, liberdades e garantias).

3.2.2.1. Proibição do excesso como conceito mais amplo

Uma orientação doutrinal minoritária atribui ao princípio da proibição do excesso um alcance mais abrangente do que o princípio da proporcionalidade, sendo este apenas um dos elementos daquele⁹⁵. O princípio da proibição do excesso, teria como elementos integrantes a idoneidade, a necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido próprio (coincidente com a proporcionalidade em

⁹³ Neste sentido, por exemplo: **Ávila, Teoria...**, 1.^a ed., pp. 89 ss., 7.^a ed., pp. 146 ss. Por outro lado, **Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral**, tomo I, 2.^a ed., p. 211, identificam necessidade com proibição do excesso.

⁹⁴ V. *infra*, capítulo 9.

⁹⁵ Na doutrina nacional, reportamo-nos à doutrina de **Novais, As restrições...**, pp.729-799; ligeiramente diferente, **Os Princípios...**, pp. 163 ss.

sentido estrito), mas também o princípio da razoabilidade⁹⁶, o princípio da determinabilidade⁹⁷ e a garantia do conteúdo essencial⁹⁸.

3.2.2.2. Proporcionalidade como conceito mais amplo

Ultimamente tem obtido crescente adesão a orientação que vê na proibição do excesso uma mera componente ou um desdobramento da proporcionalidade. Esta abrangeria a proibição do excesso (*Übermaßverbot*) e a proibição do defeito (*Untermaßverbot*)⁹⁹. Procurando aqui uma primeira noção, a precisar adiante, *grasso modo* o primeiro conceito reportar-se-ia ao exame das restrições ou limitações de bens, interesses ou valores, designadamente direitos, liberdades e garantias na sua vertente negativa, que postulam uma abstenção de intervenção por parte do Estado, enquanto o segundo presidiria ao exame das situações em que o Estado incorre – designadamente através de omissões – em eventual déficit de

⁹⁶ **Novais, As restrições...**, pp. 765 ss.; **Os Princípios...**, pp. 187 ss. V. o que sobre isso dizemos no capítulo 26.

⁹⁷ **Novais, As restrições...**, pp. 769 ss.; **Os Princípios...**, pp. 191 ss. O raciocínio é o seguinte: a determinabilidade é também um elemento da proibição do excesso “na medida em que uma restrição de contornos não antecipadamente bem firmados alarga potencialmente a margem de actuação restritiva dos poderes constituídos”; “uma restrição de enunciado vago ou não precisamente determinado abre a possibilidade de intervenções restritivas que vão eventualmente além do que é estritamente exigido pela salvaguarda dos bens dignos de protecção que justificava a restrição”. A inclusão da determinabilidade resultará, porventura, de se assumir que as normas legislativas mais *fact-sensitive* têm maior possibilidade de ser proporcionais do que as *fact-insensitive*. Todavia, a premissa de que **Novais** parte para desenhar este sub-princípio supranumerário da proibição do excesso, isto é, a premissa de que a indeterminação potencia inevitavelmente a ampliação ou a agravação da restrição e, portanto, deve ser limitada pela proibição do excesso – ou por uma sua componente –, não é exata. A indeterminação ou o uso de conceitos indeterminados pela lei não é uma via de sentido único: tanto pode induzir a interpretações e práticas ampliativas da restrição, como pode resultar em interpretações e práticas restritivas da restrição. Admite-se a vigência de um *princípio da proibição da indeterminação* em certos domínios mais protegidos, como o das restrições de direitos, liberdades e garantias, ou o direito de polícia, como decorrência de uma certa conceção do Estado de Direito e do princípio da legalidade e até se admite que o uso de conceitos indeterminados pelo legislador possa estar, ele próprio, sujeito à proibição do excesso e seus segmentos. Mas aquele princípio é autónomo em relação à proibição do excesso, não o integrando como uma sua componente. Não parece que, designadamente em situações de grande incerteza, deva ser vedado ao legislador refugiar-se em regimes jurídicos com alguma dose de indeterminação e imprecisão, cuja colmatação é deixada ao aplicador, não implicando isso necessariamente a desproporcionalidade da norma. Para esse debate, cfr. **Sales/Hooper**, «Proportionality...», pp. 428 ss.; **Ekins**, «Legislating...», pp. 350-351; **Hart, The Concept...**, 2.^a ed., p. 128.

⁹⁸ **Novais, As restrições...**, pp. 779 ss. É pelo menos o que resulta do tratamento sistemático do tema, inserido na rubrica da proibição do excesso. V. porém, em sentido diverso, **Os Princípios...**, pp. 161 ss.

⁹⁹ V. **Alexy**, «Sobre la estructura...», p. 129; «On Constitutional Rights...», p. 11; **Klatt / Meister, The Constitutional...**, p. 97.

comportamentos ativos cumpridores de deveres constitucionais. Como veremos adiante, trata-se de um razoável ponto de partida, mas a requerer importantes precisões.

3.2.3. Terminologia adotada

Neste trabalho, usaremos a expressão proporcionalidade em sete sentidos: (i) proporcionalidade clássica ou princípio clássico da proporcionalidade; (ii) proporcionalidade moderna ou princípio moderno da proporcionalidade; (iii) proporcionalidade retributiva; (iv) proporcionalidade equitativa; (v) proporcionalidade quantitativa; (vi) proporcionalidade ou princípio da proporcionalidade; (vii) proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁰.

Em contrapartida, a expressão proibição do excesso, que dá o título a este trabalho, é empregue num único sentido.

3.2.3.1. Proporcionalidade clássica ou princípio clássico da proporcionalidade

Quando nos referimos a *proporcionalidade clássica* ou *princípio clássico da proporcionalidade*, aludimos à proporcionalidade em sentido amplo (abreviadamente, proporcionalidade e.s.a.) tal como inicialmente construída pela teoria e jurisprudência constitucionais a partir da década de 1950. Esse conceito e aquilo que ele denota, continua a predominar na literatura alemã e nos instrumentos de direito internacional. Além disso, é o único (re)conhecido pela maior parte dos autores de origem ou cultura anglo-saxónica que tomam como referência ordenamentos como o dos EUA, Reino Unido, Canadá, Austrália ou África do Sul. O conceito de proporcionalidade clássica é sinónimo de *proibição do excesso*. Aqui e ali

¹⁰⁰ Na doutrina circulam outras designações, como a de *proporcionalidade mais* (**Vandenhoele**, «Conflicting economic and social rights....», *cit.*), que seria uma versão da proporcionalidade clássica aplicável a vários tipos de colisões que envolvem direitos económicos, sociais e culturais. Todavia, nem parece que nesses casos se deva recorrer à proporcionalidade clássica (na maior parte dos casos, trata-se de proibição do defeito), nem é demonstrado que haja verdadeiramente qualquer adaptação.

utilizá-los-emos indiferentemente e, eventualmente, também a expressão compósita “*princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica*”, ou vice-versa (sobretudo quando nos referimos a autores, jurisprudência ou ordenamentos que preferem proporcionalidade), embora os critérios da capacidade distintiva, de síntese e de adesão ao conteúdo material façam inclinar para uma utilização mais frequente do *nomen* proibição do excesso.

3.2.3.2. Proporcionalidade moderna ou princípio moderno da proporcionalidade

Este trabalho sugere e demonstra que há uma versão mais recente da proporcionalidade, que se distingue da clássica. Essa versão mais recente congrega vários instrumentos de harmonização. Quando a ela nos reportamos usamos a expressão *proporcionalidade moderna ou princípio moderno da proporcionalidade*¹⁰¹.

Neste caso não há coincidência total entre este sentido de proporcionalidade e proibição do excesso. Esta é *apenas um* dos quatro instrumentos que se abrigam sob a noção de proporcionalidade moderna: (i) proibição do excesso; (ii) proibição do defeito; (iii) proporcionalidade retributiva; (iv) proporcionalidade equitativa. A proporcionalidade retributiva respeita *exclusivamente* ao momento da definição concreta da medida sancionatória ou coativa. A proporcionalidade paritária ou equitativa aponta para soluções em que bens, interesses ou valores colidentes fazem cedências recíprocas em termos tendencialmente igualitários.

¹⁰¹ Correndo o risco de alguma colisão com os autores que consideram a proporcionalidade moderna aquilo que designamos de clássica. Por exemplo, **Nogueira, *Direito Fiscal...***, p. 50, *passim*, liga o “conceito jurídico-moderno” de proporcionalidade à configuração do princípio tal como construída a partir do final do século XVIII; no mesmo sentido, **Ruiz/ de la Torre Martinez** - «Algunas aplicaciones e implicaciones...», p. 30, e outros.

3.2.3.3. Proporcionalidade quantitativa

Não tem vocação primordialmente *harmonizadora* a proporcionalidade quantitativa: a proporcionalidade do direito eleitoral, a proporcionalidade dos impostos e das taxas ou a proporcionalidade no cálculo de indemnizações por nacionalização ou expropriação, são noções que apelam a uma relação contabilística ou matemática entre duas grandezas quantitativamente medidas.

3.2.3.4. Princípio da proporcionalidade

Quando nos referimos genericamente à dogmática da proporcionalidade, em termos que abrangem indiferenciadamente tanto a modalidade clássica como a moderna, usaremos simplesmente *proporcionalidade* ou *princípio da proporcionalidade*.

3.2.3.5. Proporcionalidade em sentido estrito

A noção de proporcionalidade em sentido estrito (ou, abreviadamente, proporcionalidade e.s.e.) reporta-se ao segmento ponderativo dos instrumentos de harmonização que se abrigam sob o conceito de proporcionalidade moderna.

3.3. Segmentos da proibição do excesso

A proibição do excesso - tal como os outros instrumentos de ponderação e harmonização - decompõe-se estruturalmente. Dessa decomposição resulta aquilo que é vulgo designar-se de passos, etapas, componentes, máximas, testes, subprincípios, elementos internos, manifestações, desdobramentos, crivos ou *segmentos*. Pela nossa parte, preferimos falar de *segmentos* ou de *segmentos normativos* do princípio da proibição do excesso, sem que a isso se possa atribuir qualquer significado especial no plano substantivo ou de regime.

3.3.1. Questão prévia: dois, três, quatro ou cinco?

Também os segmentos levantam questões terminológicas, algumas vezes correspondentes a questões de fundo. O tratamento dessa matéria pressupõe, todavia, uma primeira posição sobre quantos e quais os segmentos da proibição do excesso.

Uma das primeiras obras marcantes sobre o nosso tema, *Übermass und Verfassungsrecht*, de LERCHE (1961), fazia referência apenas a dois segmentos da proibição do excesso (*Übermaßverbot*): proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) e necessidade (*Erforderlichkeit* ou *Notwendigkeit*). Não era feita alusão à máxima da adequação (*Geeignetheit*)¹⁰². Por outro lado, segundo um setor da doutrina, a concepção da proporcionalidade adotada no Reino Unido consiste simplesmente na apreciação da adequação e da necessidade¹⁰³.

Em 1973, GRABITZ assinala a instabilidade terminológica da jurisprudência do *BVerfG* e da doutrina antecedente e propõe a consolidação de três segmentos do princípio da proporcionalidade em sentido lato (*Verhältnismäßigkeit in weiteren Sinne*)¹⁰⁴: *Geeignetheit* (adequação), *Erforderlichkeit* (exigibilidade, indispensabilidade ou necessidade), *Proportionalität* (proporcionalidade)¹⁰⁵. Esta sistematização tornar-se-ia uma das mais seguidas, não obstante se saber que, apesar de ter pontos de referência jurisprudenciais, aquela sistematização era

¹⁰² Lerche, *Übermass*, pp. 19 ss.; v. também Gentz, p. 1600; Grabitz, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», p. 571 (tendo em conta que a adequação envolve uma relação qualitativa entre meio e fim, seria melhor abdicar de a inserir na proporcionalidade); Emiliou, *The Principle...*, p. 25, adere a essa posição. Sempre se poderá dizer, no entanto, que a noção de *Geeignetheit*, sendo prévia à de *Erforderlichkeit*, tinha de estar implícita: cfr. Hirschberg, *Der Grundsatz...*, p. 18.

¹⁰³ Rivers, «Proportionality and Variable...», pp. 176 ss., distingue entre a concepção da proporcionalidade como "limitadora do Estado" e a concepção da proporcionalidade como "otimização". A primeira seria adotada no Reino Unido e consistiria simplesmente na apreciação da importância do fim, adequação e necessidade, ou mais rigorosamente, na verificação da eficiente realização dos fins previamente estabelecidos, sem *balancing*. A segunda seria adotada na Europa continental e permite o *balancing* de interesses públicos e direitos ou entre direitos.

¹⁰⁴ Grabitz, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», pp. 570 ss.; também *Freiheit und Verfassungsrecht*, p. 84.

¹⁰⁵ Grabitz, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», p. 571, aceita a proposta de Gentz («Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen...», p. 1601), no sentido de substituir *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* por *Proportionalität*.

meramente doutrinal. O Tribunal Constitucional alemão, para lá da inconstância quanto à designação do princípio e dos seus segmentos, por si só não conseguiu –ou não achou relevante- sedimentar amarras terminológicas fixas para qualificar atos ou comportamentos à luz do princípio: utiliza conceitos como “excessivo”, “inconveniente”, “razoável”, “justo”, “insubstituível”, “necessário”, “indispensável”, “absolutamente necessário”, “adequado”, “apropriado”, “apto”, “intervenção mínima”, “meios mais suaves”, “tolerável” e outros¹⁰⁶. O Tribunal Constitucional português seguiu-lhe, nesse aspeto, as pisadas.

Esta pode considerar-se a orientação maioritária, mas a decomposição em três segmentos não teve apenas esta modalidade. Por exemplo, SCHLINK defende uma conceção da proporcionalidade clássica aplicável no controlo de normas legislativas reduzida a três componentes, fim e meio legítimos, adequação e necessidade, considerando prescindível a proporcionalidade e.s.e.¹⁰⁷. Não fica longe HOGG quando, refletindo sobre o quadro canadiano, sustenta que a proporcionalidade e.s.e. é desnecessária, sendo a sua função cumprida pelo exame da legitimidade do fim¹⁰⁸.

Podem considerar-se meras derivações da conceção maioritária dos três segmentos duas outras orientações: aquela que falando em três segmentos, verdadeiramente tem como referência quatro¹⁰⁹; e a que considera um dos pressupostos da

¹⁰⁶ Cfr. a compilação da terminologia jurisprudencial e doutrinal em **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 20.

¹⁰⁷ Como se verá em repetidas ocasiões, alguns dos trabalhos de **Schlink** (particularmente os iniciais, como *Abwägung...*, *cit.*, «Freiheit...», *cit.*, ou «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», *cit.*; v., porém, menos vincadamente, o recente «Proportionality in Constitutional Law...», *cit.*) são reiteradamente vistos como a referência mais proeminente de um modelo alternativo do princípio da proporcionalidade. Nesse modelo, a proporcionalidade e.s.e. funcionaria como *standard* apenas em casos residuais e, mesmo então, não exigiria qualquer operação de ponderação mas apenas a apreciação e verificação de que o conteúdo mínimo do direito restringido foi respeitado: **Schlink**, *Abwägung*, pp. 76 ss. e 192; *idem*, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», pp. 458 ss., 461. Para uma explicação, **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 78; na mesma linha, mas com propostas de complementação, recentemente, **Bernstorff**, «Proportionality without Balancing...», *cit.*

¹⁰⁸ **Hogg**, *Constitutional Law of Canada*, 5.ª ed., vol. II, Thomson Carswell, Toronto, 2007, p. 153 (*apud Barak*, *Proportionality...*, p. 247); em Portugal, defende uma posição próxima **Coutinho**, «Sobre a justificação das restrições», pp. 572 ss. Todavia, mesmo no Canadá a maioria dos autores permanece fiel à estrutura de três segmentos. Uma variante, com base na decisão *Oakes*, de 1986, distingue *dois passos*, o primeiro incidente sobre o fim, o segundo sobre a adequação (*rational connection*), necessidade (*minimal impairment*) e proporcionalidade: **Réaume**, «Limitations on Constitutional Rights...», p. 5.

¹⁰⁹ Por exemplo, quando se engloba no mesmo segmento o *fim legítimo* e a *adequação*: **Kumm**, «Democracy is not enough...», p. 10; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.ª ed., p. 186; **Pulido**, *El principio...*, p. 694.

proibição do excesso uma sua componente estrutural, aludindo, por isso, a quatro segmentos. Exemplo mais flagrante deste último caso é o de um setor importante da literatura, particularmente anglo-saxónica – ou por ela influenciada, mas não só –, que tende a tratar o fim como um dos elementos ou passos da proporcionalidade clássica, juntamente com os três referidos anteriormente. A determinação e demonstração de um fim *legítimo* (*legitimate* ou *proper end*, no sentido de fim *válido*) seria o quarto (ou, do ponto de vista lógico, o primeiro) elemento do princípio¹¹⁰.

As correntes que falam de cinco segmentos são minoritárias, não havendo, aliás, uniformidade entre elas¹¹¹. Em alguns casos resultam de conceções ampliativas ou até desvirtuadoras da proibição do excesso.

Em Portugal, a tese dos *três segmentos* adquiriu relativa estabilidade. Recebe o favor da maioria da doutrina¹¹². É o caso, entre outros, de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE¹¹³, CANOTILHO/MOREIRA¹¹⁴, J. J. CANOTILHO¹¹⁵, FERNANDO ALVES

¹¹⁰ Möller, «The Right to Life...», p. 3; «Proportionality...», p. 711; Reuter, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 513; Webber, *The Negotiable...*, pp. 71 ss.; Hickman, «The Substance...», p. 701; Klatt/Meister, *The Constitutional Structure...*, p. 8; Petersen, «How to Compare the Length...», p. 1393; Brady, *Proportionality...*, p. 7. Pirker, *Proportionality...*, pp. 15 ss.; Huscroft / Miller / Webber, «Introduction...», in os mesmos, *Proportionality and the rule of law...*, cit., p. 2; Fordham / De La Mare, «Identifying the Principles...», p. 28; Urbina, «A critique of proportionality», p. 49; Sartor, «A Sufficientist Approach...», pp. 58-59; Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo...*, p. 128.

¹¹¹ A título de exemplo, Harald Schneider, *Güterabwägung...*, p. 203, fala de adequação, necessidade, proporcionalidade e.s.e., proibição do excesso e razoabilidade. Novais, engloba no contexto do princípio da proibição do excesso, além dos princípios da idoneidade ou aptidão, da indispensabilidade e da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade, o princípio da determinabilidade e a *garantia do conteúdo essencial: Restrições...*, pp. 729-798. Esta orientação sofreu uma alteração em *Princípios...*, cit., pp. 161 ss., tendo caído a referência à garantia do conteúdo essencial. Merten, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», pp. 546-547, prefere legitimidade constitucional dos fins e meios, adequação, necessidade, proporcionalidade e.s.e. e razoabilidade.

¹¹² Cfr. porém António Damasceno Correia, *Estado de sítio e de emergência em democracia*, Lisboa, s.d., pp. 129-130, referenciando os corolários da *conformidade* ou *adequação* e da *necessidade* ou *exigibilidade* (material, espacial, temporal, pessoal).

¹¹³ *Os direitos...*, p. 223: sacrifício necessário e adequado e proporcionalidade e.s.e.; *Os direitos...*, 2.^a edição, pp. 296, 300, 346: adequação (ou idoneidade), necessidade, proporcionalidade em sentido estrito.

¹¹⁴ *Constituição da República Portuguesa*, 3.^a ed., p. 152; 4.^a ed., pp. 392-393: princípio da adequação, princípio da exigibilidade e princípio da proporcionalidade e.s.e.

¹¹⁵ *Constituição dirigente...*, p. 198: necessidade, adequação, proporcionalidade; *Direito Constitucional...*, 7.^a ed., pp. 269-270: princípio da conformidade ou adequação, princípio da exigibilidade ou da necessidade, princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Todavia, as frequentes referências ao princípio revelam alguma oscilação, inclusive quanto ao número de

CORREIA¹¹⁶, SÉRVULO CORREIA e MARIA LUÍSA DUARTE¹¹⁷, JORGE MIRANDA¹¹⁸, MARCELO REBELO DE SOUSA¹¹⁹, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/P. COSTA GONÇALVES/J. PACHECO AMORIM¹²⁰, ANTÓNIO SOUSA¹²¹, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA¹²², DAVID DUARTE¹²³, PAULO DE PITTA E CUNHA/JORGE COSTA SANTOS¹²⁴, ANABELA LEÃO¹²⁵, JORGE BACELAR GOUVEIA¹²⁶, LÚCIA AMARAL¹²⁷, JOÃO NOGUEIRA¹²⁸, FREITAS DO AMARAL¹²⁹,

máximas. Na primeira obra referida chegam a ser enunciadas quatro: princípio do excesso, princípio da exigibilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da adequação (p. 274).

¹¹⁶ **O plano urbanístico...**, p. 441: subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e.

¹¹⁷ **Sérvulo Correia, Legalidade e autonomia contratual...**, pp. 114, 661: aptidão ou adequação, indispensabilidade, equilíbrio. No entanto, nas pp. 670 e 748 substitui a expressão equilíbrio pelo conceito de razoabilidade. Adere a terminologia semelhante **Maria Luísa Duarte, A liberdade...**, p. 302.

¹¹⁸ **Manual...**, IV, 2.^a ed., p. 218; 3.^a ed., p. 207; 5.^a ed., p. 308: subprincípios de necessidade, adequação e racionalidade ou proporcionalidade e.s.e.

¹¹⁹ **Lições de direito administrativo**, pp. 145-146: necessidade, adequação, ajustamento de meios ao fim. V. também **Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral**, tomo I, 2.^a ed., Dom Quixote, Lisboa, pp. 211 ss.: adequação, necessidade (ou proibição do excesso), razoabilidade (ou proporcionalidade e.s.e.).

¹²⁰ **Código do Processo...**, p. 154: princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e.

¹²¹ **«Conceitos indeterminados»...**, p. 230: princípios da adequação, necessidade e da proporcionalidade e.s.e.

¹²² **Procedimento...**, p. 476: "manifestações" do princípio seriam a razoabilidade, a adequação e a proibição do excesso.

¹²³ **Procedimentalização...**, p. 321: "vertentes principais", ou "dimensões injuntivas de proporcionalidade" seriam a aptidão, a necessidade e o equilíbrio.

¹²⁴ **Responsabilidade Tributária dos Administradores ou Gerentes**, Lisboa, 1999, p. 117: vertentes ou subprincípios da adequação, da exigibilidade, da necessidade ou da determinação do meio mais suave, e da proporcionalidade em sentido estrito.

¹²⁵ **Notas...**, pp. 1004 ss.

¹²⁶ **Manual de Direito Constitucional**, *cit.*, p. 1113: três vertentes, adequação, indispensabilidade, racionalidade.

¹²⁷ **Responsabilidade...**, p. 632: idoneidade, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito. Fala também de proibição do inadequado, do excessivo e do não exigível (p. 285), bem como de actuação não exigíveis, não necessárias e não adequadas (p. 520).

¹²⁸ **Direito Fiscal Europeu...**, pp. 99 ss.: adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito.

¹²⁹ **Curso...**, pp. 142 ss.: adequação, necessidade, equilíbrio.

MARIANA MELO EGÍDIO¹³⁰, JOSÉ MELO ALEXANDRINO¹³¹, VASCO PEREIRA DA SILVA¹³², JORGE SILVA SAMPAIO¹³³, BLANCO DE MORAIS¹³⁴, PAULO OTERO¹³⁵.

Essa orientação tem logrado alguma expressão na jurisprudência do Tribunal Constitucional, sem uniformidade¹³⁶ e praticamente nenhuma na lei¹³⁷.

3.3.2. Variantes

Como se verifica pela amostra da doutrina nacional, não obstante a adesão maioritária a um modelo de *três* segmentos, há variações terminológicas e divergências sobre o alcance atribuído a cada segmento. A doutrina, a jurisprudência e, de algum modo, o próprio direito positivo portugueses, dão preferência aos vocábulos *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, que adotamos¹³⁸. Designaremos a norma legislativa não respeitadora do segmento da adequação, por inadequada ou não adequada; a norma legislativa desrespeitadora da máxima da necessidade, de desnecessária ou não necessária; a norma legislativa não conforme à exigência de proporcionalidade e.s.e., de desproporcionada e.s.e., desproporcional e.s.e. ou não proporcional e.s.e. Essa enumeração e terminologia suscitam, todavia, alguns problemas.

¹³⁰ «Análise da Estrutura...», p. 628: idoneidade, necessidade, proporcionalidade e.s.e.

¹³¹ *Direitos...*, pp. 135-6: idoneidade, necessidade, justa medida.

¹³² *A Cultura...*, p. 105: necessidade, adequação e proibição do excesso (cfr., todavia, p. 135: necessidade, adequação, *balanço custos/benefícios*).

¹³³ *O Dever de Protecção...*, p. 138: aptidão ou idoneidade, necessidade ou indispensabilidade, proporcionalidade e.s.e.

¹³⁴ *Curso de Direito Constitucional...*, tomo II, vol. 2, p. 475: adequação, necessidade, proporcionalidade e.s.e.

¹³⁵ *Manual de Direito Administrativo*, p. 370: necessidade, adequação e equilíbrio.

¹³⁶ Sobre isso, v. *infra* capítulo 5.

¹³⁷ Quer as normas constitucionais, quer o direito ordinário, não obstante alguma disponibilidade na adesão e referência ao princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade, mostram-se pouco seguras na sua decomposição em segmentos. Utilizam-se os conceitos de "adequação", "proporcionalidade", "necessidade" sem rigor nem clara perspectiva das respetivas relações. Há também exemplos do uso da noção de subsidiariedade em substituição do conceito de necessidade.

¹³⁸ Em língua portuguesa, expressões alternativas a "adequação" seriam *idoneidade*, *aptidão*, *aptidão finalística*. Alternativas a "necessidade" seriam *indispensabilidade*, *exigibilidade*, *agressão mínima*, *intervenção mínima*, *meios mais suaves*, *subsidiariedade*. Alternativas a "proporcionalidade e.s.e.", *razoabilidade*, *equilíbrio*, *racionalidade*, *tolerabilidade*.

O primeiro residiria no facto de o conceito de adequação sugerir uma aproximação axiológica e não objetivo-finalística. Dizer-se que um determinado meio, ato, ou instrumento é adequado transportaria a ideia de que ele é *bom*, sendo avaliado de forma positiva de acordo com uma determinada pauta valorativa. Em contrapartida, conceitos alternativos como *idoneidade* ou *aptidão* não arriscariam essa conotação axiológica¹³⁹.

Esta reticência ao uso do conceito de adequação, não parece, todavia, justificada. A linguagem corrente e a linguagem técnica tanto utilizam o conceito com essa carga axiológica, como o empregam despidido de qualquer conotação valorativa.

O segundo problema resulta de a expressão “necessidade” (tal como a de indispensabilidade ou exigibilidade, utilizada preferencialmente por alguns) não recobrir com total rigor e proximidade o que, em substância, está em causa. Como se demonstrará ulteriormente¹⁴⁰, com o conceito de necessidade pretende-se resumir a ideia de que o meio escolhido para atingir um certo fim deve ser aquele que, *de entre os meios adequados concretamente disponíveis, não tem alternativa consideravelmente menos lesiva, menos restritiva, menos drástica, menos interventora ou menos limitativa (less restrictive means, less drastic means, geringstmöglichen Eingriffs, mildesten Mittels), com eficiência aproximadamente igual ou superior*. Por isso, se fosse imperativo encontrar um conceito que exprimisse com rigor o sentido e o conteúdo deste segmento da proibição do excesso, teriam maior proximidade os conceitos de “menor lesividade”, “menor restrição”, “menor intervenção” ou “menor limitação”, em vez de necessidade. Com este segmento não se põe apenas, nem sobretudo, a questão de necessidade abstrata do meio em causa ou de saber se as circunstâncias impõem intervenção ou decisão¹⁴¹.

¹³⁹ **Novais, As Restrições**, p. 737, nota; **Os Princípios...**, p. 167. O autor propõe um conceito de *adequação em sentido material*, como sinónimo de proporcionalidade e.s.e. (*ob. cit.*, p. 180). Esta orientação tem ligação com decisões do Tribunal Constitucional alemão que, por vezes, referindo-se à proporcionalidade e.s.e., aludem a *adequada proporção*: **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 557; **Emiliou, The Principle...**, p. 32.

¹⁴⁰ *Infra*, capítulo 16.

¹⁴¹ Significativamente, seria isso que **Miranda** considerava estar em causa no subprincípio da necessidade: **Manual...**, IV, 3.^a ed., p. 207. Essa orientação sofreria posteriormente uma relevante evolução: v. 5.^a ed., p. 308.

Fica definida uma alternativa: deverá dar-se preferência a um conceito que, embora não integralmente elucidativo, tem curso corrente, ou deverá procurar-se outro conceito que revele mais imediatamente a intenção do segmento? A preferência vai no sentido de aderir à primeira opção, até porque sempre se poderá assinalar que as hipóteses alternativas também não se coadunam integralmente com o perfil da necessidade defendido neste trabalho. Acresce que embora seja certo que não está em causa uma questão de necessidade abstrata de *uma norma*, haverá outrossim uma questão da *necessidade daquela concreta norma, com aquele concreto conteúdo lesivo e não outro conteúdo*.

O terceiro problema reside na potencial confusão entre proporcionalidade como conceito englobante e proporcionalidade e.s.e.¹⁴². Problema esse que assumirá maior acuidade nos casos em que os autores preferem a expressão “proporcionalidade” (em sentido amplo) em detrimento da expressão “proibição do excesso”.

Entre nós, alguma doutrina tem procurado evitar essa confusão de vários modos: (i) considerando equivalentes as noções de proporcionalidade e.s.e. e de *racionalidade* (JORGE MIRANDA¹⁴³); (ii) preferindo as noções de *razoabilidade*, *equilíbrio* ou *justo equilíbrio* à de proporcionalidade e.s.e. (SÉRVULO CORREIA¹⁴⁴, FREITAS DO AMARAL¹⁴⁵, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO¹⁴⁶).

No entanto, *racionalidade* é uma noção mais fluída e muito abrangente. A proporcionalidade é um instrumento de racionalidade, mas não é o único instrumento de racionalidade, conforme se demonstrará posteriormente. Por outro lado, o conceito de *razoabilidade* tem também adquirido autonomia no âmbito de algumas construções que exporemos oportunamente. E a noção de *equilíbrio*, além de convocar a ideia de nivelação entre duas grandezas (neste caso, bens, interesses ou valores), que não está forçosamente presente na proporcionalidade e.s.e., tem

¹⁴² Desvantagem que não pode entre nós ser superada por propostas do tipo da subscrita por **Gentz** (*Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechteingriffen.*, p. 1601), **Grabitz** (*Der Grundsatz...*, p. 571), **Dechsling** (*Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 5) e outros, que exploram a variedade da sua língua para distinguir entre *Verhältnismäßigkeit* e *Proportionalität*.

¹⁴³ *Manual...*, IV, p. 218.

¹⁴⁴ *Legalidade...*, pp. 114 e 670; v. também **J.M.F. Almeida**, *Procedimento...*, p. 476.

¹⁴⁵ *Curso...*, p. 144.

¹⁴⁶ *Direitos...*, p. 135.

também o inconveniente de ser uma noção de carga valorativa ou emocional neutra. Isto é, dizer-se que há uma situação de equilíbrio, ou que se atingiu um equilíbrio ou que algo é equilibrado não constitui por si só um juízo valorativo positivo ou negativo, nem permite um juízo de aceitação ou rejeição do equilíbrio. Só o conhecimento completo do contexto em que a noção é empregue permite a valoração positiva ou negativa: dizer-se que alguém é emocionalmente equilibrado, ou que se atingiu um equilíbrio satisfatório entre liberdade e solidariedade ou que o orçamento do Estado está equilibrado, envolverá um juízo valorativo positivo. Mas dizer que a luta entre a polícia e o crime organizado atingiu uma situação de equilíbrio, ou que dois *gangs* criminosos se equilibram, ou que o orçamento do Estado deixou de ser superavitário para estar agora apenas equilibrado, poderá envolver um juízo valorativo negativo.

Por isso não se vê vantagem de substituir a expressão proporcionalidade e.s.e., que tem a seu favor o uso corrente na doutrina e na jurisprudência portuguesas.

3.4. Avaliação, qualificação, valoração, ponderação, contrapeso

A aplicação dos três segmentos da proibição do excesso implica algumas operações metódicas, importando fixar também terminologia.

3.4.1. Avaliação

A *avaliação* reporta-se a situações de facto, isto é à apreensão da realidade passada e presente (diagnósticos) ou à projeção ou cálculo probabilístico sobre o que se passará no futuro (prognósticos). As avaliações são suscetíveis de juízos de verdade ou falsidade.

3.4.2. Qualificação

A *qualificação* jurídica¹⁴⁷ é uma operação distinta da interpretação de normas¹⁴⁸. Visa a referência de factos, de disposições normativas (como factos) e das colisões normativas (como factos), a uma norma, regime ou categoria jurídicas.

3.4.3. Valoração, ponderação, contrapeso

A *valoração* reporta-se à atribuição de valor, peso ou importância a uma certa grandeza ou atributo. Não é suscetível de juízos de verdade ou falsidade, mas sim de correção/incorreção ou aceitação/não aceitação.

A comparação entre o valor, peso ou importância de duas grandezas ou atributos, com eventual fixação de relações de prevalência, é o *contrapeso*.

As operações metódicas de valoração ou de valoração e contrapeso substanciam aquilo que se designa por *ponderação*.

Ponderação ou valoração unilateral é a aferição ou atribuição de valor, peso ou importância a uma determinada variável (propriedade, atributo, fator ou grandeza juridicamente relevantes) isoladamente considerada.

Ponderação ou valoração bilateral/plurilateral (ou *balancing*, na terminologia usada na língua inglesa) é a valoração de duas ou mais variáveis e respetivo contrapeso com vista a verificar se alguma delas prevalece sobre a(s) outra(s).

Sempre que se fale simplesmente de ponderação e/ou valoração (por exemplo, "ponderação do legislador", "valoração do legislador"), deve subentender-se que estamos a referir-nos à ponderação/valoração bilateral/plurilateral.

¹⁴⁷ Não há muita elaboração doutrinal sobre o tema da qualificação fora das obras de direito internacional privado. Agradeço a elucidação do tema por **Paulo Mota Pinto**, bem como a bibliografia sugerida.

¹⁴⁸ Para a defesa da distinção entre interpretação e qualificação v., por todos, **Paulo Mota Pinto**, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 196-197. Na mesma linha distintiva, na doutrina portuguesa, **Inocêncio Galvão Telles**, *Manual dos contratos em geral*, 3.ª ed., Lisboa, 1965, p. 353, n.º 2; **Eduardo Santos Júnior**, *Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos*, Lisboa, 1988, pp. 73 ss.; **R. Pinto Duarte**, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 59 ss.

3.5. Fim, meio, efeitos

Muitas vezes escreve-se que a proibição do excesso incide sobre uma relação entre meios e fins. Adiante apuraremos se é verdade¹⁴⁹. Por agora o rigor analítico obriga a recortar preliminarmente alguns conceitos.

O conceito de fim¹⁵⁰ pode ter várias aceções. Para efeitos da teoria e da dogmática da proporcionalidade em sentido moderno, a mais importante é a que decorre da distinção entre fim imediato e mediato. Fim *imediato* é a produção ou desencadeamento de efeitos materiais, fáticos ou tangíveis de promoção ou satisfação de bens, interesses ou valores específicos. Fim *mediato* é a composição harmónica de uma colisão entre bens, interesses ou valores e de uma colisão entre posições do legislador face a eles.

Meio é a norma (designadamente legislativa) que se extrai, através de interpretação, da disposição normativa. Por vezes, utilizamos também, de modo fungível, os vocábulos medida ou solução legislativa. A norma legislativa produz, causa ou desencadeia efeitos, que podem ser jurídicos ou materiais e positivos ou negativos¹⁵¹. Sendo a norma o meio e traduzindo-se a norma em efeitos jurídicos, os efeitos jurídicos são o meio para atingir o fim da norma.

Efeitos jurídicos, são os efeitos de alteração da ordem jurídica através da constituição de obrigações, proibições ou permissões dirigidas aos respetivos destinatários.

Efeitos materiais, são efeitos de alteração do mundo sensível, consumados através de atos materiais de execução ou cumprimento da norma e que, portanto, se pode dizer que têm uma relação (mais ou menos remotamente) causal com esta.

¹⁴⁹ Desde logo, no capítulo 8.

¹⁵⁰ Na terminologia jurídica aparecem vulgarmente confundidos os vocábulos fim, finalidade, objeto, objetivo e até escopo ou diretiva. Porém, é possível distingui-los. **Montalivet, Les objectifs...**, p.10, propõe, por exemplo, uma distinção entre objetivo e fim. O objetivo seria um tipo particular de fim. O objetivo seria o fim a que tenderia uma ação particular, um fim operacional. Assim, poderia falar-se do *fim* de uma norma e do *objetivo* do legislador quando produz uma norma. No texto falaremos geralmente de *fim*, como conceito mais geral, que abarca todas as possibilidades que exprimem uma tensão entre uma situação presente e efeitos futuros que se pretende alcançar ou desencadear, embora na maior parte dos casos se pudesse empregar o termo "objetivo constitucional", na aceção de **Montalivet**.

¹⁵¹ Utilizando também a expressão geral "efeitos positivos e negativos", **Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot**, pp. 44-46 (e referindo as inúmeras alternativas na doutrina).

Efeitos positivos (no sentido de favoráveis), são os que se traduzem na melhoria da situação jurídica ou material de promoção de certos bens, interesses ou valores. Usaremos frequentemente a expressão "satisfação de bens, interesses ou valores" como fórmula abreviada.

Efeitos negativos (no sentido de desfavoráveis) são os que se traduzem na degradação da situação jurídica ou material de promoção de certos bens, interesses ou valores. A expressão "interferência em bens, interesses ou valores" será empregue. O sentido que atribuímos ao conceito de *interferência* (o qual abrange o conceito controvertido de *restrição* de direitos) como uma das possibilidades de *intervenção* legislativa será objeto de um capítulo próprio. Na generalidade das situações de normas sujeitas ao crivo da proibição do excesso, os efeitos negativos são meros efeitos colaterais, não primariamente visados, apenas aceites pelo legislador como consequências inevitáveis da obtenção de um resultado desejável. Em relação aos bens, interesses ou valores beneficiados por efeitos positivos falaremos de *lado ativo*. Em relação aos bens, interesses ou valores atingidos por efeitos negativos falaremos de *lado passivo*.

Os efeitos positivos e os efeitos negativos da norma são ontologicamente e analiticamente distintos. A proibição do excesso reage à sua cisão de duas formas. Por um lado, é neutra em relação a uma norma que produz ou desencadeia efeitos positivos sem que a esses efeitos estejam intrinsecamente ligados efeitos negativos. Por outro lado, invalida uma norma que produz efeitos negativos sem que a esses efeitos estejam intrinsecamente ligados efeitos positivos.

Fechando o círculo, assume-se que o fim da norma jurídica coincide com os efeitos materiais ou tangíveis, mais ou menos remotos, que o legislador prognostica, entende como positivos e pretende que se verifiquem. Adiante, voltaremos a estes conceitos.

3.6. Norma de ação e/ou norma de controlo

Mencionou-se antes na introdução que a norma da proibição do excesso tanto é norma de ação como norma de controlo. Pode, aliás, dizer-se o mesmo sobre as normas da proibição do defeito e da proporcionalidade equitativa. Adere-se aqui à

construção que distingue entre normas de controlo (*Kontrollnorm*) e normas de ação (*Handlungsnorm*), defendida por FORSTOFF, HESSE e outros¹⁵².

Esta construção baseia-se na pré-compreensão de que o âmbito de proteção das normas constitucionais pode ir além, ou pode ter um sentido diverso, daquilo que em termos constitucionais pode ser objeto de controlo pelo juiz constitucional¹⁵³.

Vinculação jusfundamental não é necessariamente sinónimo de justiciabilidade plena¹⁵⁴. As normas de direito substantivo que regem a atuação de um órgão podem

não coincidir com as normas de controlo judicial dessa atuação¹⁵⁵. Isto é: uma norma de ação pode impor ao legislador vinculações jurídicas cuja observância o juiz constitucional não tem competência para fiscalizar, ou não tem competência para fiscalizar em toda a extensão, por inexistir norma de controlo que lhe confira os competentes poderes ou por existirem normas que estabelecem limites ao poder de fiscalização. A inversa não é, todavia, verdadeira: uma norma (que confere competências) de controlo não pode atribuir poderes de fiscalização ao juiz que excedam os parâmetros a que o legislador está constitucionalmente sujeito.

A doutrina da dicotomia entre normas de ação e normas de controlo não tem passado sem reparos¹⁵⁶. Receiam-se designadamente os efeitos que possa ter na

¹⁵² Sobre a distinção entre normas de controlo e normas de ação, v. **Forsthoff**, «Über Maßnahme-Gesetze», in Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, Kohlhammer, Stuttgart, 1964, pp. 78-98 (publicado pela primeira vez em 1955); **Hesse**, «Die verfassungsrechtliche Kontrolle...», pp. 542, 557 ss.; **Isensee**, «§ 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht...», 2.^a ed., n.º marginal 162; **Matthias Ruffert**, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtsentwicklung des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 219 ss.; **Alexy**, *A Theory...*, p. 422; **Mörtl**, «Probleme der verfassungsprozessualen...», p. 1039. Na doutrina nacional, **Canotilho**, «A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional», in Jorge Miranda (org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, IN-CM, Lisboa, 1986, p. 353. São formulações alternativas, entre outras: mandato de proporcionalidade e controlo de proporcionalidade (**Sandulli**, *La proporzionalità...*, pp. 397 ss.; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, pp. 81-83); princípio de proporcionalidade e controlo de proporcionalidade (**Philippe**, *Le contrôle...*, p. 9).

¹⁵³ **Hesse**, «Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung...», *cit.*, pp. 542, 558 (cfr. a exposição do pensamento do autor, *infra*).

¹⁵⁴ **Brun-Otto Bryde**, *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1982, pp. 304 ss. (*apud Störring*, *Untermaßverbot...*, p. 140); **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 964.

¹⁵⁵ **Störring**, *Untermaßverbot...*, p. 140.

¹⁵⁶ Cfr. **Störring**, *Untermaßverbot...*, p. 142, debatendo a utilidade da distinção entre norma de ação e norma de controlo.

força normativa da constituição¹⁵⁷. Pergunta-se como é que é possível distinguir o que é sindicável e o que não é¹⁵⁸. Alega-se que a ausência de controlabilidade judicial de uma eventual violação de parte do âmbito protegido de um direito indiciaria que nessa vertente a norma constitucional só pode ser entendida como uma simples recomendação ao legislador, insuscetível de sanção ou de possibilidade de imposição¹⁵⁹. O direito constitucional que não seja jurisdicionalmente controlável e sancionável é um *mero apelo que não serve para nada*¹⁶⁰. A discrepância entre normas materiais (de ação) e normas de controlo leva a uma diluição da força dirigente da constituição.

A essas observações opõe-se que em alguns casos o pleno controlo das opções e decisões do legislador conduziria a uma profunda limitação e atrofiamento da ordem constitucional democrática¹⁶¹. O preço de um irrestrito controlo jurisdicional consiste na transformação do Estado democrático num Estado jurisdicional¹⁶².

Como *norma de ação*, a proibição do excesso é o instrumento mediador ou catalizador de harmonização e de deliberação racional que se traduz num comando dirigido ao legislador para que este, na resolução de colisões entre bens, interesses ou valores com um certo perfil, adote normas adequadas, necessárias e proporcionais e.s.e.

Como *norma de controlo*, a proibição do excesso é a norma que define um parâmetro que o juiz constitucional deve usar no exercício das suas competências de controlo de normas legislativas que resolvam colisões entre bens, interesses ou valores com um certo perfil. O conteúdo da norma de controlo é *prima facie*, uma vez que tem de ser harmonizado com o princípio formal da variabilidade do poder de exame do juiz constitucional em função da natureza e do alcance da colisão resolvida pela norma

¹⁵⁷ Por todos, Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 266-267.

¹⁵⁸ Šušnjar, *Proportionality...*, p. 267.

¹⁵⁹ Heun, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, p. 48; Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung...*, p. 193; Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 74 (assinalando embora que o BVerfG se tem mostrado recetivo à distinção, *ob. cit.*, p. 93).

¹⁶⁰ Assim, Heun, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, p. 48.

¹⁶¹ Hesse, «Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung...», p. 558.

¹⁶² *Idem*, p. 559.

legislativa. Por isso, a proibição do excesso tanto pode ser um instrumento de controlo que assegura o cumprimento *suficiente* dos segmentos racionalizadores da decisão legislativa que a compõem, numa modalidade de suficiência ou sufficientista¹⁶³, como pode ser instrumental à garantia de graus mais elevados, designadamente de otimização.

3.7. Regra, princípio ou *tertio genus*?

O presente ensaio tem por objeto central a *teoria*, a *dogmática* e a *metódica* da proibição do excesso como instrumento mediador e paramétrico da conformação e do controlo de atos legislativos.

A doutrina dominante perfilha atualmente uma perspetiva binária de regras e princípios. Os ordenamentos jurídicos seriam constituídos, portanto, por normas que são regras ou princípios. Mesmo que se possa admitir a existência de outros tipos de normas, seriam essencialmente residuais. No momento próprio testaremos a consistência e sustentabilidade dessa tese e dos critérios distintivos das regras e dos princípios. Só depois disso e tendo em conta o conteúdo normativo e a estrutura da proibição do excesso como norma de ação e como norma de controlo, poderemos tomar posição sobre se a norma da proibição do excesso é uma regra, um princípio ou algo com especificidades distintivas (postulado normativo, forma específica de regra, mescla de regra e de princípio, princípio de legitimação., etc.).

Enquanto não for possível estabilizar a terminologia, utilizaremos, por comodidade, a locução, consagrada pela doutrina e pela jurisprudência, *princípio* da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica (em qualquer das suas modalidades).

¹⁶³ Este neologismo, inspirado em Sartor, «A Sufficientist Approach...», *cit.*, será algumas vezes usado no texto.

4. Apontamento epistemológico, metodológico

A ciência jurídica é *constitutiva* e não meramente declarativa¹⁶⁴. Nessa vertente constitutiva, a ciência jurídica tem de ir por vezes além do conteúdo do "material normativo" que lhe cabe estruturar. Isso é assim quando o material normativo fornecido pelo direito positivo interno é insuficiente ou lacunar. Nesse caso, a função normativo-constitutiva da ciência jurídica pode ter de recorrer a subsídios que extravasam o direito positivo interno. No caso da proibição do excesso, esse recurso a subsídios que não são de direito positivo interno é estimulado - ou talvez até comandado - pela circunstância de estar em formação acelerada (embora em ritmo desigual: pense-se no Reino Unido) uma espécie de *ius commune* europeu, objeto de uma dogmática geral pan-europeia da proibição do excesso e da ponderação¹⁶⁵, a que não podemos ser alheios na elaboração dogmática de institutos do direito constitucional português. Esse enlace dogmático é hoje forçado pela circunstância de o princípio clássico da proporcionalidade estar em franco desenvolvimento na União Europeia, quer como parâmetro da ação e controlo do legislador comunitário, quer como parâmetro da ação e controlo do legislador nacional pelas instituições comunitárias relevantes (Tribunal de Justiça e Comissão)¹⁶⁶. Como veremos, o legislador nacional está sujeito ao princípio na sua expressão interna e na expressão - não necessariamente coincidente, na totalidade - do direito da União. Os elementos e as referências comparativas são, portanto, incontornáveis neste trabalho.

Por outro lado, mesmo que não se possa dizer que a proibição do excesso como instrumento e parâmetro - e a ponderação, que a integra, como método - da criação e aplicação do direito são já *ius commune* universal (malgrado o que sugerem alguns autores citados no início deste capítulo), os contributos extraeuropeus que o direito comparado oferece não podem ser menosprezados.

A ciência jurídica balança persistentemente entre as teorias *jusnaturalistas*, *positivistas* e *realistas*, com todas as etiquetas que o pensamento jurídico moderno lhes tem aditado (suaves, moderaas, mescladas, débeis, renovadas, inclusivas, *soft*,

¹⁶⁴ Jansen, «Los fundamentos...», p. 55.

¹⁶⁵ Jansen, «Los fundamentos...», p. 70 (essa formação de um *ius commune* europeu corresponderia, aliás, a uma necessidade); Häberle, «Derecho Constitucional común europeo», in *Revista de Estudios Políticos*, vol. 79 (1993), pp. 7 ss.

¹⁶⁶ Cfr. *infra*, capítulo 1.

etc.). Na ciência do direito constitucional, uma das inclinações recentes é a de resolver todas as hesitações aderindo a fórmulas de *neoconstitucionalismo in fieri*, capazes de absorver contributos de todas as proveniências sem nenhum sobressalto teórico. É possível que este estudo seja visto como mais uma manifestação dessa tendência: encontramos aqui dimensões que ressoam a jusnaturalismo, a positivismo e a realismo. Para compreender o seu objeto teremos de fazer apelo aos *fundamentos morais* de muitas das questões versadas, à sua expressão *normativa-positiva* e também ao modo como a jurisprudência constitucional aplica realmente as normas jufundamentais. Por isso, a extensa pesquisa da jurisprudência constitucional portuguesa (e de outras jurisprudências constitucionais, com destaque para a norte-americana, alemã e internacional europeia).

O perímetro próprio do conhecimento jurídico não se esgota com as proposições e teorias dogmáticas da ciência jurídica e comparatistas. Há também os enunciados analíticos sobre o significado dos conceitos jurídicos elementares¹⁶⁷. Umas vezes esses conceitos jurídicos desenvolvem-se com autonomia em relação a construções dogmáticas. Outras vezes são meros elementos dessas construções¹⁶⁸. Do ponto de vista analítico, os conceitos de proibição do excesso e das suas componentes, bem como outros conceitos conexos, afins ou auxiliares, são em boa medida esclarecidos no contexto dogmático que os enlaça. Mas, noutra medida, têm também uma vida própria. Por mais esforços que o direito constitucional positivo português fizesse para estruturar um princípio da proibição do excesso "à portuguesa", seria impossível cortar o cordão umbilical que o liga a todo um lastro analítico de várias décadas, aperfeiçoado e acrescentado em diferentes latitudes. O respeito por esse lastro analítico enforma este estudo.

Essa pontualização é relevante, uma vez que, recuperado que deve ser pela ciência jurídica o interesse pelo rigor conceptual, os encargos analíticos não ocupam uma parte despicienda deste estudo.

Além do mais, esta é uma parcela da ciência do direito constitucional que tem de ir buscar contributos a outras áreas do espírito e do conhecimento, sem receio de alienação da sua autonomia científica. Avulta a filosofia da razão prática, cujos

¹⁶⁷ Jansen, «Los fundamentos...», p. 56.

¹⁶⁸ Jansen, «Los fundamentos...», p. 56.

quadros universais são essenciais para definir um perfil racional para a ponderação - e, eventualmente, para lhe conferir validade que transcende ordens jurídicas individualizadas¹⁶⁹ - e, em última análise, para as componentes ponderativas prévias à, ou integrantes da, proibição do excesso. A teoria da ponderação gera proposições cuja pretensão de correção não depende de um ordenamento jurídico concreto¹⁷⁰.

Procuraremos não sobrecarregar o texto com abundantes e escusadas referências de natureza epistemológica e metodológica. Não nos preocuparemos excessivamente em catalogar *pari passu* as incursões em cada área do conhecimento jurídico ou em outras áreas do conhecimento e do pensamento, conscientes da fluidez de fronteiras e do artificialismo epistemológico que isso pode implicar no domínio específico a que nos dedicamos nas páginas que se seguem. Tão pouco sujeitaremos o discurso argumentativo ao espartilho permanente do respeito pelo "método jurídico", conscientes de que cada vez mais a existência de *um* método jurídico é refutada. Também ao direito chegou o pluralismo metódico, não sendo exceção o Direito Constitucional¹⁷¹.

¹⁶⁹ **Jansen**, «Los fundamentos...», pp. 58-59: os princípios da razão em geral não são especificamente jurídicos, pelo que podem ser universais.

¹⁷⁰ Nestes termos, **Jansen**, «Los fundamentos...», p. 68.

¹⁷¹ V. a exposição das alternativas fundamentais que materializam esse pluralismo em **Morais, Curso...**, II, 2, pp. 686 ss.

Um

A “DESCOBERTA” E IMPLANTAÇÃO DO PRINCÍPIO AO NÍVEL GLOBAL

1. As ideias de adequação, necessidade, proporcionalidade e ponderação alicerçadas em preocupações não garantísticas

Embora antes da década de 1960 já fossem moeda corrente da jus-publicística, até aí os termos “adequação”, “necessidade”, “proporcionalidade”, “ponderação”, nem sempre tinham o sentido jurídico-garantístico que a partir de então assumiriam quando empregues como elementos ou segmentos do princípio da proibição do excesso.

Quer isso dizer que quando o problema da adequação e da necessidade de determinados meios para a prossecução de certos fins adquiria relevo jurídico e suscitava o interesse jus-dogmático ou jus-teorético, o ecrã em que esse problema se projetava não era inevitavelmente o da tutela ou garantia de bens, interesses ou valores subjetivados. Poderia ser antes, por exemplo, o da salvaguarda da prossecução ótima de certos interesses públicos primários ou secundários não forçosamente coincidentes com interesses subjetivos de particulares.

Na doutrina portuguesa, uma obra de ROGÉRIO SOARES datada de 1955¹⁷² é representativa desta aproximação paradigmática. Sendo um dos objetivos centrais desse trabalho a distinção entre legalidade e mérito, o autor define mérito como “merecimento do ato em vista do fim que se propõe”. Correspondentemente, o juízo subjetivo¹⁷³ que incida sobre a “complementaridade do ato em face do fim que serve”¹⁷⁴ é um juízo de mérito. Com ele, procura-se avaliar se um ato é ou não o

¹⁷² *Interesse público...*, cit..

¹⁷³ “...O juízo de mérito é um juízo altamente subjectivo...”: *Interesse público...*, p. 342.

¹⁷⁴ *Interesse público*, pp. 207 e ss.

meio adequado ou substancialmente adequado para a satisfação do interesse público, tal como se manifesta numa situação individualizada, isto é, ajuíza-se da sua conveniência e oportunidade¹⁷⁵.

Na província do mérito situar-se-iam dois momentos¹⁷⁶: a *ponderação dos interesses* inscritos ou implícitos nos pressupostos de facto de uma determinada situação concreta, seguida de uma hierarquização de tais interesses; e a *escolha* do conteúdo do ato, ou dos meios necessários e adequados a prosseguir aqueles interesses nos termos da hierarquização concretamente definida. Qualquer destes momentos se processaria com referência a *preceitos extra-legais*¹⁷⁷ ou *regras ou normas não jurídicas*¹⁷⁸.

Ora, a escolha do meio materialmente adequado e necessário para conseguir a plena prossecução de certo interesse público tanto pode ser feito ao nível da legislação¹⁷⁹, esgotando-se aí o juízo de mérito, como pode ser devolvido ao agente da Administração¹⁸⁰. Nesta última circunstância, o agente administrativo fica com o encargo de escolher não apenas *um meio adequado*, mas *o meio mais adequado* para atingir os fins que a lei colocou à sua guarda. Aí residiria, aliás, uma das diferenças mais decisivas entre a posição do particular perante o Direito e a posição do agente administrativo perante o mesmo Direito. No primeiro caso, o Direito desinteressar-se-ia não só dos fins visados pelos atos dos particulares praticados dentro do seu domínio de liberdade¹⁸¹, como também do juízo que o particular faça sobre a adequação dos meios adotados por si próprio para atingir os fins propostos¹⁸². No segundo caso, o agente administrativo só poderia usar os meios que se revelem *necessários* para a satisfação do interesse público previamente

¹⁷⁵ *Interesse público...*, pp. 226-227

¹⁷⁶ *Interesse público...*, p. 269.

¹⁷⁷ *Interesse público...*, p. 202.

¹⁷⁸ *Interesse público...*, pp. 230, 265, 269, *passim*.

¹⁷⁹ *Interesse público...*, pp. 207, 233

¹⁸⁰ *Interesse público...*, p. 207.

¹⁸¹ *Interesse público...*, pp. 103-104 ss. Porém, esta observação deve harmonizar-se com a rejeição pelo direito privado (civil) de atos cujo fim seja contrário à ordem pública ou aos bons costumes: v., por exemplo, art.ºs 280.º, n.º 2 e 281.º do Código Civil.

¹⁸² *Interesse público...*, pp. 104 ss., 144 ss., 336. Fala-se a propósito de um "coeficiente mínimo de conveniência" (p. 145) ou, acrescentar-se-ia, num teste mínimo de racionalidade.

definido pelo legislador¹⁸³ e estaria obrigado a prosseguir-lo escolhendo o meio *mais adequado*, ou ótimo – e não *apenas* o simplesmente adequado ou suficiente¹⁸⁴ – e mais económico. Esta particular vinculação do administrador às determinantes da necessidade e da adequação estaria relacionada com o *princípio da otimidade da ação administrativa*¹⁸⁵.

É manifesto que quer a ponderação de interesses/fins, quer a eleição dos meios necessários e adequados à eficaz prossecução dos interesses públicos secundários (e, mediatamente, do interesse público primário), nada têm a ver com as preocupações garantísticas de bens, interesses ou valores subjetivados com que hoje a maioria da doutrina e da jurisprudência identifica o princípio da proibição do excesso.

A ponderação de interesses retratada por ROGÉRIO SOARES (que precede, sempre, do ponto de vista lógico, a escolha dos meios), visa simplesmente o relacionamento e a hierarquização de interesses públicos, não importando se tal hierarquização, com o que comportará de sacrifício de uns em relação aos outros, se repercute intoleravelmente em bens, interesses ou valores de particulares. A ponderação visa simplesmente uma hierarquização de acordo com as *regras de boa administração*¹⁸⁶, sendo objetivo central da operação a satisfação do interesse público e não a direta proteção do particular ou de qualquer posição jurídica ou de interesses subjetivos¹⁸⁷.

A escolha dos meios necessários mais adequados, é subordinada a critérios *prudenciais e económicos*. A Administração deve comprometer os recursos escassos de forma exemplar, atingindo a máxima eficiência com os menores recursos. Não está em causa reduzir ao mínimo o sacrifício de bens, interesses ou valores subjetivados, mas sim reduzir o dispêndio dos recursos à guarda da Administração ao estritamente necessário para atingir as finalidades desta¹⁸⁸.

¹⁸³ *Interesse público...*, p. 200.

¹⁸⁴ *Interesse público...*, pp. 134, 141 ss., 189, 233, 336, *passim*.

¹⁸⁵ *Interesse público...*, p. 142.

¹⁸⁶ *Interesse público...*, p. 235.

¹⁸⁷ *Interesse público...*, pp. 237, 273.

¹⁸⁸ É apenas isso que está subjacente ao famoso aforismo de **Fritz Fleiner**, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Mohr, Tübingen, 1928, p. 404, repetidas vezes equivocadamente

Em suma, quer-se evitar medidas que não sejam no caso as mais adequadas, que sejam desnecessariamente antieconómicas, ou que tenham por referência uma hierarquização de interesses públicos inconveniente, não estando no horizonte de preocupações evitar o sacrifício de bens, interesses e valores de particulares por atos inadequados, desnecessariamente restritivos, ou que lesem intoleravelmente aqueles bens, interesses ou valores.

A construção de ROGÉRIO SOARES tem seguramente interesse por vários motivos. Um deles é o de que parte do quadro teórico e dos conceitos (otimidade, adequação, necessidade, ponderação de interesses) que propõe em 1955 são centrais ao debate atual da proibição do excesso. Em boa medida, bastaria reorientar o foco para a proteção de bens, interesses ou valores subjetivos contra a interferência excessiva de normas que visem a promoção de interesses públicos.

2. Da intuição de proporção ou de necessidade até ao princípio da proibição do excesso

Alguns dos fragmentos arqueológicos em que se revelou a intuição de proporção ou de necessidade serão aqui expostos, analisados e classificados sem preocupação de exaustão¹⁸⁹, até porque, como sucede com os objetos com valor arqueológico, também algumas das manifestações dessa ideia se terão perdido ao longo dos tempos, ignoradas pelo investigador do direito, até há pouco alheio a estes novos conceitos.

Antes do princípio da proibição do excesso, com a configuração que lhe conhecemos hoje, poderá aludir-se apenas a uma intuição ou ideia mais ou menos difusa de proporção, de moderação, de repulsa pelo excesso, ou de necessidade. Sem

empregue para ilustrar a ideia subjacente à proibição do excesso: “*Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*”. Ou seja, não se matam pardais com canhões (basta uma espingarda...).

¹⁸⁹ Em traços gerais, este tema foi objeto do nosso trabalho “O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações”, *cit.* Cfr., entre muitos, **R. von Krauss**, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, *cit.*; **Wieacker**, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips...*, *cit.*; **Hirschberg**, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, pp. 2-19; **Becker**, «Das verfassungsmäßige Prinzip der Verhältnismäßigkeit...», *cit.*; **Stern**, «Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots...», *cit.*; **Dechsling**, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot...*, pp. 2 ss.; **Hans Schneider**, «Zur Verhältnismäßigkeits- Kontrolle...», pp. 393 ss.; **Barnés**, «El principio de proporcionalidad...», pp. 23 ss.; **Engle**, «The History of the General Principle...», *cit.*; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, pp. 46 ss.

embargo, muito antes de se suspeitar sequer que iria haver um princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade, já era possível identificar sinais de uma ideia de proporção ou de proibição do excesso. Porventura, essa ideia busca raízes até à antiguidade¹⁹⁰. É um equívoco, pelo menos do ponto de vista histórico e metodológico, restringir a indagação sobre as origens da proibição do excesso ou da proporcionalidade aos séculos XVIII e XIX¹⁹¹.

Pode discutir-se se o Código do Rei Hammurabi (1792-1750 a.C) e a *lex talionis* podem ou não ter gerado como subproduto a proporcionalidade¹⁹². Assinala-se que ideias que se reconduzem ao espírito atual do princípio já ressaltavam num dito dos gregos antigos (*pan metron ariston*)¹⁹³. Do ponto de vista etimológico, associa-se a origem da palavra proporcionalidade no vocábulo grego αναλογία (analogia), donde terá derivado o conceito latino de *proportionalitas*¹⁹⁴. Aliás, o pensamento da racionalidade finalística adquire um papel decisivo em todas as disciplinas desde ARISTÓTELES, o qual, na *Ética a Nicómaco*, afirma que a proporção é um meio e o justo uma proporção¹⁹⁵. Por outras palavras, o justo é uma relação entre duas partes, mediada por um princípio abstrato¹⁹⁶. Em ARISTÓTELES a proporcionalidade pauta a justiça distributiva¹⁹⁷.

Por outro lado, como FRANZ WIEACKER ensina, o pensamento de proporcionalidade é conhecido pelo menos desde o Império Romano¹⁹⁸. A literatura encontra

¹⁹⁰ Assim **Wieacker**, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips...*, pp. 867 ss.; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 521; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, pp. 46 ss.

¹⁹¹ **Bleckmann**, *Begründung...*, p. 177. Logo a abrir (*introdução*), sublinhámos a filiação da ideia de proporcionalidade na *temperança* aristotélica. Temperança essa que era prescrita nas nossas Ordenações, como recorda **Miranda**, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 2.^a ed., p. 267, nota.

¹⁹² **Jeremy Waldron**, «Lex Talionis», in *Arizona Law Review*, vol. 34 (1992), p. 47, nota; **Christoffersen**, *Fair Balance: Proportionality...*, p. 33.

¹⁹³ **V. Tridimas**, «Proportionality in Community Law:...», p. 65.

¹⁹⁴ Assim, **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 40.

¹⁹⁵ Cfr. **Katrougalos/Akoumianaki**, «L'Application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux», texto descarregado da *internet* em 4.09.12.; **Thomas Poole**, «Proportionality in Perspective», *cit.*; **Engle**, «The History...», p. 2 (sustentando que a teoria da proporcionalidade surgiu espontaneamente no pensamento de Aristóteles); **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, p. 27; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 46.

¹⁹⁶ **Engle**, «The History...», p. 2.

¹⁹⁷ **Engle**, «The History...», p. 3; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 46.

¹⁹⁸ **Wieacker**, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips...*, pp. 867 ss.; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», pp. 521 ss. No mesmo sentido, **Nogueira**, *Direito Fiscal Europeu...*, p. 47.

manifestações no *jus suum cuique tribuere* de JUSTINIANO (*Digesto*)¹⁹⁹, no direito à autodefesa (inclusive das pessoas) e à *guerra justa* (quer no que diz respeito aos motivos de a declarar e fazer, quer no que toca à forma de a conduzir) de CÍCERO (*De Officiis*, *De Re publica*), continuadas por SANTO AGOSTINHO (*A Cidade de Deus*) e S. TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologica*). Este último terá sido eventualmente o precursor da decomposição da estrutura da proporcionalidade em vários passos²⁰⁰. A teoria da autodefesa proporcional de S. TOMÁS DE AQUINO foi transformada por GRÓCIO (*De Jure Belli ac Pacis*) num princípio geral do direito²⁰¹. Por outro lado, a específica subordinação das sanções criminais a uma ideia de proporcionalidade, quer no momento da definição legal, quer nos momentos da individuação judicial e da execução, ostenta um *pedigree* assinalável, que remonta à *Magna Carta*²⁰², a qual, no seu artigo 20.º, proclamava que “*Liber homo non amercietur pro parvo delicto, nisi secundum modum delicti; et pro magno delicto amercietur secundum magnitudinem delicti...*”^{203/204}.

Por isso, quando se liga o surgimento do princípio da proporcionalidade, como conceito do direito público europeu, ao contratualismo jusnaturalista do

¹⁹⁹ Muzny, *La Technique de Proportionnalité...*, p. 27.

²⁰⁰ Engle, «The History...», p. 5, citando a *Summa Theologica*.

²⁰¹ V. a síntese em Sullivan / Frase, *Proportionality Principles...*, pp. 15 ss.; Engle, «The History...», p. 5.

²⁰² Engle, «The History...», p. 7.

²⁰³ V. o texto latino de 1215 em João Soares de Carvalho, *Em volta da Magna Carta...*, p. 132. As traduções para a língua portuguesa deste inciso recorrem aos termos "proporcionada", "proporção" e "proporcional". Por exemplo, Miranda, *Textos históricos do Direito Constitucional*, p. 14: "[a] multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste..."; João Soares de Carvalho, *idem*, p. 133: "[u]m homem livre será multado por um pequeno delito na proporção da gravidade desse delito; e por um grande delito pagará a multa proporcional ao horror deste...".

²⁰⁴ O princípio seria consagrado na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (de forma menos expressiva do que a Magna Carta, mas nem por isso menos óbvia no apelo a uma ideia de necessidade): "[a] lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...": v. o texto deste artigo 8.º em Miranda, *idem*, p. 58. Entre nós, a Constituição de 1822 também não o esqueceu: "...toda a pena deve ser proporcionada ao delito" (artigo 11.º).

iluminismo²⁰⁵, ou se invocam os trabalhos de BLACKSTONE²⁰⁶, de BECCARIA²⁰⁷ ou VON HUMBOLDT²⁰⁸ como prova de que se trata de conceitos nutridos no próprio berço da modernidade, essa invocação não deve fazer tábua rasa de todos os projectos antecedentes do pensamento de proporcionalidade gerados pela cultura jurídica europeia desde a antiguidade.

Todavia, pode-se afirmar que a ideia de proporcionalidade, em termos que não se restringem aos delitos e às penas²⁰⁹, aparece ligada ao próprio conceito de Direito desde o iluminismo, assumindo isso expressão mais visível na cultura jurídica alemã do dobrar do século XVIII.

É pela Prússia e pela Alemanha que começaremos a descoberta de quando e como a antiga intuição de proporção e de rejeição do excesso deixou de ser um padrão mais ou menos difuso, mais ou menos subconsciente e tacitamente aceite, para se tornar no princípio da proibição do excesso, que está, para alguns, a transformar-se numa componente essencial de um novo *ius commune* global ou de uma gramática constitucional comum e num critério universal de constitucionalidade²¹⁰.

Deixaremos também um breve olhar sobre outro Estado do espaço jurídico centro-europeu, onde se verificou a primeira irradiação do princípio, a Suíça, por razões

²⁰⁵ Pulido, *El principio...*, p. 44.

²⁰⁶ William Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, London, 1765, p. 121: a liberdade não dever limitada mais do que aquilo que seja necessário para a vantagem geral do público (trad. livre). V. Reinhold Zippelius, *Allgemeine Staatslehre...*, pp. 290-291; Hans Schneider, «Zur Verhältnismässigkeit - Kontrolle insbesondere bei Gesetzen», p. 393; Merten, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 523.

²⁰⁷ A filiação de Beccaria é na corrente utilitarista – e não retributiva –, muitas vezes imputada originalmente a Bentham (que, eventualmente, foi mais explícito que Beccaria na defesa da proporcionalidade, in *The principles of Morals and Legislation*). Beccaria, como refere Alice Ristorph, «Proportionality as a Principle of Limited Government», in *Duke Law Journal*, vol. 55 (2005), pp. 262-331, esp. pp. 272 ss., apresenta dois tipos de argumentos a favor da proporcionalidade das punições: políticos e penais. Por um lado, de acordo com um princípio - político - de máxima utilidade, para terem os resultados desejáveis, as punições devem ser proporcionadas ao crime de modo a serem eficazes, a deixarem uma impressão duradoura no espírito do agente e uma impressão o menos penosa possível no seu corpo: “tudo o que vai além do necessário para prevenir é supérfluo e, portanto, tirânico”. Por outro lado, em termos de considerações de política penal, diferentes crimes devem ter diferentes penas, de forma proporcionada, de modo a introduzir incentivos que levem eventuais agentes criminosos a cometer ofensas menos graves. V. também Sousa Brito, *A lei penal...*, pp. 220 ss.; Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. castelhana, Madrid, 1969, p. 138.

²⁰⁸ Cfr. Merten, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», pp. 523-524.

²⁰⁹ Neste sentido, Miranda, *Manual...*, vol. IV, 3.^a ed., pp. 205-206.

²¹⁰ As expressões desta “globalização” que viajam pelos numerosos escritos mais recentes são quase inabarcáveis: v. alguns exemplos em Matthias Klatt/Moritz Meister, *The Constitutional Structure...*, pp. 1 ss.

que exporemos. A fórmula mais ou menos acabada, esculpida nesse espaço, particularmente na Alemanha, tem-se revelado altamente “exportável”, falando-se até de uma qualidade *viral* do princípio da proibição do excesso, que lhe permite propagar-se de uma forma relativamente rápida de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico²¹¹. Hoje, sintomaticamente, a língua em que se exprimem as mais recentes e influentes investigações sobre o princípio – incluindo as de alguns autores germânicos – é o inglês e não o alemão, ao contrário do que sucedeu até ao início do presente século²¹². Seguiremos esse processo de propagação para um segundo núcleo de Estados onde a importação da proibição do excesso foi mais tardia do que os do primeiro espaço, destacando, fora da Europa, casos de Estados em que a influência da jus-publicística alemã ou europeia não é direta, ou é apenas uma entre várias, como a África do Sul, o Canadá, o Brasil ou Israel.

A democratização dos Estados do centro e do leste europeu, após o fim da década de 1980, fez engrossar significativamente o clube dos aderentes, mas não poderemos ir tão longe.

Todos esses casos contrastam com exemplos de Estados europeus onde a sua introdução se tem feito de modo hesitante ou com alguma resistência (França, Itália, Reino Unido).

²¹¹ A expressão pertence a **Sweet / Mathews, *Proportionality*...**, p. 28.

²¹² O debate nos EUA sobre o *balancing* e sobre os vários *means-end tests*, que, como veremos, apresentam contornos analíticos assimiláveis a (mas não confundíveis com) segmentos do princípio da proporcionalidade, suscitou um número incontável de trabalhos desde a década de 1960. No entanto, era raro encontrar, até há poucos anos, qualquer referência ao princípio da proporcionalidade. Por outro lado, também eram escassos os trabalhos sobre *proportionality* em língua inglesa produzidos na Europa ou noutras latitudes. As exceções mais notáveis são **Bermann**, «The principle of proportionality», *cit.* (1977-8) e **Jowell / Lester**, «Proportionality: Neither Novel nor Dangerous» (1988) e, já no final do século passado, a tese de doutoramento de **Emiliou**, ***The principle of proportionality in European Law. A comparative study*** (1996) e a obra coletiva coordenada por **Ellis**, ***The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*** (1999). A situação começou a alterar-se significativamente depois de **Oakes** (Canadá, 1986) e da influência da jurisprudência canadiana em muitos Estados de *common law*, ou de língua inglesa, como Antigua e Barbuda, Austrália, Fiji, Hong Kong, Irlanda, Israel, Jamaica, Namíbia, África do Sul, Vanuatu e Israel.

2.1. Primeiro espaço de difusão – Direitos nacionais da Europa central

2.1.1. Alemanha

Num primeiro momento, toma-se consciência das exigências de *necessidade* ou *indispensabilidade* dos meios, isto é do dever de adotar os meios mais *suaves* para atingir um certo fim²¹³ (exigência que pressupõe a adequação do meio à prossecução do fim eleito). Deteta-se o rasto desta exigência de necessidade já no direito prussiano de polícia^{214/215} do final do século XVIII (donde se espraia mais tarde para todo o direito administrativo relacional)²¹⁶. A propósito, citam-se ideias de Frederico o Grande²¹⁷, os ensinamentos de CARL GOTTLIEB SVAREZ²¹⁸ ao futuro rei Frederico Guilherme III, em 1791/2 e a doutrina de GÜNTHER HEINRICH VON BERG.

SVAREZ, aliás, não se limitaria a cumprir uma função pedagógico-formativa junto das instâncias de poder, assumindo real influência no próprio direito positivo, pelo

²¹³ Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, pp. 2 ss.

²¹⁴ Convém ter em conta que o conceito de polícia que vai até ao final do século XVIII era mais abrangente do que o que se utiliza a partir do séc. XIX e muito mais amplo do que aquele que empregamos hoje: v. **Marcello Caetano**, *Direito Administrativo*, vol. II, p. 1146. E, nessa época, não se pode falar ainda de submissão da polícia à legalidade ou a um princípio de legalidade (**Caetano**, *idem*, p. 1147; **Sérvulo Correia**, *Legalidade...*, p. 20). Por isso, uma primeira ilação a tirar é que a ideia de necessidade antecedeu a ideia de legalidade forjada no séc. XIX. Cfr., no entanto, **Rogério Soares**, *Interesse público...*, pp. 57, 63, *passim*, o qual se refere ao *arbítrio* geral vigente durante o chamado Estado de polícia. Mais desenvolvidamente, o nosso “A actividade de polícia e a actividade policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas”, *cit.*

²¹⁵ **D'Avoine**, *Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit: insbesondere gegen Ende des 18. Jahrhunderts...*, *cit.*; **Hans Schneider**, «Zur Verhältnismässigkeit...», pp. 391-392; **Bleckmann**, *Begründung...*, p. 177, referencia alusões à proporcionalidade numa obra de **Scheidemantel**, *Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform*, 1775, pp. 250 ss.; **Dechsling**, *Das Verhältnismässigkeitsgebot*, p. 7, secunda **Krauss** na referência a um *Handbuch des Teutschen Policyrechts*, de 1799, que já aludiria a um pensamento de proporcionalidade; **Remmert**, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche...*, *cit.*

²¹⁶ Sobre isto, **Schlink**, «Proportionality in Constitutional Law...», pp. 294 ss.; **Hans Schneider**, «Zur Verhältnismässigkeit...», pp. 391-392; **Serrano**, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, p. 37. Em França, a aplicação de alguma coisa assimilável, à apreciação de medidas de polícia, parece remontar apenas aos anos 30 deste século, sendo vulgarmente referenciada a decisão *Benjamin* do Conselho de Estado (1933): v. **Jean-Paul Costa**, *Le principe de proportionnalité...*, p. 434.

²¹⁷ **Merten**, «Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz», p. 522.

²¹⁸ Os textos de Carl Gottlieb Svarez estão reproduzidos em vários livros. V., por exemplo, **Carl Gottlieb Svarez**, *Vorträge Über Recht und Staat*, in Hermann Conrad e Gerd. Kleinheyder (eds.), Westdeutscher Verlag, 1960, reimpresso in **Remmert**, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes...*, p. 15.

papel que desempenhou como codificador do Direito prussiano, através do *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, de 5 de Fevereiro de 1794 (ALR)²¹⁹. Por sua vez, VON BERG é reputado como o primeiro autor a falar de uma obrigação de proporcionalidade na ação do Estado²²⁰.

Mas só entre a segunda metade do séc. XIX e o início do século XX, se consolidariam as condições propícias para a afirmação da ideia de necessidade (*Erforderlichkeit*) na jurisprudência e nos compêndios jurídicos²²¹: os pontos cardeais do Estado liberal, da limitação do poder e da necessidade de uma permissão específica para a intervenção na esfera da liberdade individual.

Importante, foi também a instituição da justiça administrativa e a consolidação do próprio direito administrativo, em algumas zonas do espaço alemão, que permitiu não apenas o controlo dos fins prosseguidos, mas também da sua intensidade²²². A conjugação desses fatores levou a que os tribunais assumissem um papel essencial na configuração do antepassado do princípio da proporcionalidade, a *necessidade* (embora sem o surgimento de um princípio, propriamente dito, com essa designação). Na época, as normas de polícia pouco mais fixavam do que uma regra geral de polícia, atribuindo ampla – e, inicialmente, não controlável – discricionariedade às autoridades de polícia para enfrentar comportamentos

²¹⁹ Especial interesse tem o § 10 II 17: “A função da polícia é tomar as medidas necessárias para a manutenção da paz pública, da segurança e da ordem...”.

²²⁰ V. **Günther Heinrich Von Berg**, *Handbuch des deutschen Polizeirechts*, 2.^a ed., Gebrüder Hahn, Hannover, 1802, pp. 89 ss., terá sido o primeiro autor a usar a expressão “*desproporcionado*” no contexto do direito de polícia: v. **Stern**, «Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots...», p. 168; **Pirker**, *Proportionality*..., p. 100. São muito citadas as duas “leis” de **von Berg**: “a primeira lei... é esta: o poder policial não pode ir além do que os seus próprios fins requerem. A lei policial pode comprimir a liberdade natural do sujeito mas apenas na medida em que um fim legítimo o requeira. Esta é a segunda lei.” (tradução nossa). Recolhemos a citação em **Thomas Würtenberger**, «Der Schutz vom Eigentum und Freiheit im ausgehenden 18. Jahrhundert», in Walter Gose e Thomas Würtenberger (eds.), *Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preussisches Allgemeinen Landrechts: Trierer Symposion zum 250. Geburtstag von Carl Gottlieb Svarez*, Frommann-Holzboog Verlag, Stuttgart, 1999, p. 63.

²²¹ Alegam alguns autores que o terceiro segmento da proibição do excesso, a proporcionalidade em sentido estrito, também já estava identificado no século XVIII. No seu *Vorträge Über Recht und Staat*, Svarez teria aludido a esse segmento através da seguinte frase: “Somente a prossecução de um bem mais pesado para a comunidade pode justificar que o Estado exija de um indivíduo o sacrifício de um bem menos substancial. Na medida em que a diferença de pesos não seja óbvia a liberdade natural deve prevalecer...A desvantagem social que deve ser evitada através da restrição da liberdade do indivíduo tem de ser mais substancial, por uma larga margem, do que a desvantagem para o indivíduo ou o todo que resulta da restrição.” Neste sentido **Pulido**, *El principio*..., p. 46; **Sweet / Mathews**, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, p. 19 (onde recolhemos a citação de Svarez, em inglês, que traduzimos); também **Nogueira**, *Direito Fiscal*..., p. 50.

²²² **Hirschberg**, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 3.

perigosos²²³. Mas os tribunais estabeleceram que a atividade do Estado estava limitada quanto aos fins e quanto à respetiva intensidade²²⁴.

Central é o papel do Supremo Tribunal Administrativo da Prússia (*Preußische Oberverwaltungsgericht*, em funcionamento desde 1875)²²⁵. Com base, designadamente, na ALR²²⁶, aquele tribunal definiu orientações jurisprudenciais segundo as quais a polícia podia apenas usar meios adequados, necessários e apropriados²²⁷. A polícia podia intervir da vida dos cidadãos, mas apenas na medida do necessário. Veremos adiante que, pela mesma altura, mas sem aparente ligação ou conhecimento recíproco, o *Supreme Court* norte-americano adota técnicas equivalentes²²⁸.

Na Alemanha, a doutrina administrativista acompanha a maturação do novo utensílio jurídico, citando-se a propósito ROBERT VON MOHL (este já em meados do século XIX²²⁹), OTTO MAYER, FLEINER, WALTER JELLINEK. Na lei positiva, ele é consagrado - ou, pelo menos, o seu sentido - em 1931 (*Polizeiverwaltungsgesetz*).

A OTTO MAYER imputa-se a primeira utilização do conceito *Verhältnismäßigkeit*, em 1895²³⁰, bem como o alargamento do campo de aplicação da necessidade para fora

²²³ Schlink, «Proportionality in Constitutional Law...», p. 294.

²²⁴ Hirschberg, *Der Grundsatz...*, pp. 2-3.

²²⁵ V. referências em Hirschberg, *Der Grundsatz...*, p. 3; Kenneth F. Ledford, «Formalizing the Rule of Law in Prussia: The Supreme Administrative Law Court, 1876-1914», in *Central European History*, vol. 37, n.º 2 (2004), pp. 203-224.

²²⁶ São habitualmente citadas decisões de 14 de Junho de 1882 (Kreuzberg), de 10 de Abril de 1886 (caso da venda de brandy) e de Julho de 1886 (caso do poste). V., respetivamente, *Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts [PrOVGE]*, vol. 9, p. 353 e vol. 13, pp. 424-425 e 426-427. Cfr. Merten, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 525; Heinsohn, *Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, p. 41.

²²⁷ V. Schlink, «Proportionality in Constitutional Law...», p. 294, defendendo que se tratava, na conceção da época, de meio proporcional em sentido estrito (isto é, oposto a proporcional em sentido amplo). Os meios tinham de produzir resultados, não poderiam haver outros igualmente eficazes mas menos intrusivos e o fim tinha de ser suficientemente importante para justificar a intrusão; v., também, Grimm, «Proportionality...», p. 385.

²²⁸ No contexto de casos relacionados com a chamada *dormant commerce clause* e outros: v. neste sentido Sweet, «All things in Proportion?...», p.40.

²²⁹ Robert von Mohl, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, Laupp, 1844, p. 40. Especial interesse têm os seus conceitos de proporcionalidade objetiva e de proporcionalidade subjetiva.

²³⁰ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht...*, p. 267. A expressão surge na seguinte frase: "Die naturrechtliche Grundlage erfordert die *Verhältnismäßigkeit der Abwehr* und bestimmt damit das Maß der polizeilichen Kraftentwicklung." O itálico consta do original. Note-se, todavia, que Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 97, refere o uso da expressão "*verhältnismäßig*" por von Berg, na obra já citada de 1802.

do direito de polícia. Discute-se, porém, se esse conceito já seria expressão acabada e consciente de um princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade na sua configuração contemporânea ou se, ao sabor da época, ela recobria uma simples ideia de necessidade. As opiniões mais convincentes parecem ir neste segundo sentido²³¹.

WALTER JELLINEK, por seu turno, inaugura em 1913 a linhagem do termo *Übermass*²³², aparentemente empregue também no sentido de mera necessidade. Sem embargo, são assinaláveis e significativas as ausências de referências em autores importantes, como VON STEIN, talvez explicáveis por uma certa desmaterialização da ideia de Estado de Direito que é contemporânea a alguns desses autores. Mas quando FRITZ FLEINER criou, em 1928, o seu famoso aforismo “a polícia não deve matar pardais com canhões”, que se costuma usar para resumir o espírito da ideia de necessidade²³³, já esta estava razoavelmente consolidada no espírito jurídico germânico.

Fora do direito administrativo, encontramos por essa altura aplicações de uma ideia de necessidade (associada ou não ao conceito de proporcionalidade das penas), em núcleos mais críticos da limitação da liberdade por via da lei penal e processual penal²³⁴. Em contrapartida, as aplicações no campo do direito constitucional são, tanto quanto se sabe, inexistentes.

Depois do interregno do III Reich, o pós-II Guerra trouxe novos dados que influenciaram o enriquecimento e a evolução do princípio. Importante, desde logo,

²³¹ Para **Hirschberg, *Der Grundsatz...***, p. 4, o desenvolvimento posterior da obra e os exemplos utilizados demonstram que na mente de **Otto Mayer** estava tão só aquilo que hoje se designa de necessidade.

²³² **W. Jellinek, *Gesetz...***, pp. 79, 289 ss.

²³³ **Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts***, p. 404 (“*Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*”). Questiona-se até se esta frase não poderia ser adaptada a uma conceção da proporcionalidade em sentido amplo, já integrada pela proporcionalidade e.s.e.: cfr. **Hirschberg, *Der Grundsatz...***, p. 6, com mais referências. Todavia, para além de parecer claro que isso não estava no espírito de **Fleiner**, a invocação dessa frase para ilustrar a ideia de proibição do excesso ou proporcionalidade pode dar azo a equívocos. Tomando-a simplesmente pelo seu valor facial, ela não expressa muito mais do que um princípio de economia e adequação na mobilização e dispêndio dos recursos públicos: se se pode atingir o objetivo usando uma espingarda não se deve usar um canhão...

²³⁴ V. um resumo em **Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...***, pp. 22 ss. É paradigmática uma frase de **Franz von Liszt**: “Só a pena necessária é justa. A pena é um meio para um fim. Ora a ideia de fim exige adequação do meio ao fim e a máxima poupança no seu emprego”. V. ***Der Zweckgedanke im Strafrecht***, 1883, *apud* **Sousa Brito, «A lei penal...»**, p. 221. São explícitas as ideias de adequação e necessidade.

foi a reabilitação do pensamento jusnaturalista, materializada através da definição de princípios ou instrumentos que metodicamente poderiam trazer a ideia de justiça e de direito justo do terreno meta-positivo para o terreno firme da justiça do caso concreto^{235/236}.

Mas decisiva, no plano do direito constitucional positivo, foi a nova dinâmica e linguagem dos direitos fundamentais. A necessidade de criar instrumentos que lhes conferissem força plena, em contraste com o que sucedera com Weimar, levou a Lei Básica de 1949 a consagrar um catálogo alargado de direitos fundamentais.

É certo que sobre muitas das normas de direitos pendem cláusulas de limites ou reservas, que devolvem ao legislador decisões sobre o seu conteúdo e exercício, embora sempre com o dever de preservar o respetivo conteúdo essencial (v. artigo 19.º, n.º 2, GG). Suscitou-se, conseqüentemente, a questão da coexistência e conciliação destas duas orientações de sinal aparentemente contraditório: densidade e força normativa dos direitos fundamentais sem precedente²³⁷, e ampla margem conferida ao legislador para lhes introduzir limites. Apesar de a Lei Básica não conter nenhuma referência ao princípio da proporcionalidade, nem usar a linguagem da ponderação de bens, interesses ou valores, seria a eles que o Tribunal Constitucional e a doutrina recorreriam para resolver aparentes antinomias, colisões e dilemas, guiados pelas ideias de constituição como um sistema de valores, *unidade* da constituição, equilíbrio (*Ausgleich*) e síntese harmonizadora²³⁸.

Os anos de 1950 são decisivos para a clarificação (i) dos desdobramentos internos do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica, (ii) da terminologia e (iii) do âmbito de aplicação.

²³⁵ A identificação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, como "âncoras" mais eficazes de uma ideia de justiça e de direito justo, é reiteradamente assumida por autores que personificam o "renascimento" do direito natural no pós-guerra. Cfr., entre os pioneiros, **Helmut Coing**, *Die obersten Grundsätze...*, pp. 74 ss.; *idem*, *Grundzüge...*, pp. 207 ss.; **Spendel**, *Über eine rationalistische...*, pp. 86 ss.; **Fritz von Hippel**, *Vorbedingungen einer Wiedergesundung...*, pp. 240 ss. Mais modernamente, **Larenz**, *Richtiges Recht...*, pp. 124 ss. Sobre o tema, **M. Oberle**, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, pp. 42 ss.; **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 11.

²³⁶ O próprio direito socialista da República Democrática Alemã não terá ficado insensível ao princípio clássico da proporcionalidade: v. **Engle**, «The History...», p. 7 (citando **Mampel**).

²³⁷ No caso *Lüth*, *BVerfGE*, vol. 7, pp. 198 ss., o Tribunal Constitucional alemão reconheceu aos direitos fundamentais o grau de valores mais elevados do sistema jurídico, atribuindo-lhes o caráter simultâneo de direitos individuais e de princípios objetivos.

²³⁸ **Schlink**, «Proportionality in Constitutional Law...», p. 295; **Grimm**, «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence», p. 386.

A clarificação dos desdobramentos internos é da responsabilidade conjunta do legislador, da jurisprudência e da doutrina²³⁹. Obras monográficas seminais e propostas doutrinárias inovatórias, sublinham os primeiros sinais legislativos e acompanham decisões pioneiras da jurisdição constitucional alemã (*BverfG*). Inicia-se uma rutura e clarificação ao nível terminológico e da estrutura do princípio. O conceito de proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) continuaria ainda durante algum tempo a ser usado para cobrir primordialmente aquilo que hoje se designa de necessidade, indispensabilidade, ou exigência dos meios mais suaves²⁴⁰. A proporcionalidade e.s.e. - ou ponderação - ainda não integrava a estrutura da *Verhältnismäßigkeit*. Aliás, o uso do conceito de proporcionalidade no clássico sentido de necessidade (com a adequação a montante, embora não nomeada), permanecerá até bons anos mais tarde²⁴¹. Mas, a par desse conceito de proporcionalidade, coincidente com necessidade, começa a tomar forma o que hoje chamamos proporcionalidade e.s.e., também designada inicialmente como proporcionalidade, sem mais especificação. Em legislação do início da década de 1950, o legislador germânico distingue inequivocamente necessidade (com a adequação implícita) e proporcionalidade em sentido estrito, embora sem lhes dar nomes²⁴². Por isso, em alguns casos era difícil destrinçar quando é que a expressão *Verhältnismäßigkeit* se reportava à necessidade, quando é que cobria só o que hoje conhecemos por proporcionalidade e.s.e. e quando cobria as duas²⁴³. Essa circunstância não passou despercebida a um observador perspicaz como VON KRAUSS. A ele coube o mérito de, na sua dissertação de 1955, detetar o problema terminológico e cunhar a expressão "proporcionalidade e.s.e." (*Verhältnismäßigkeit*

²³⁹ Embora se possa dizer, com **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...», p. 445, que o princípio "deve a sua carreira ao Tribunal Constitucional".

²⁴⁰ Neste sentido, **Hirschberg, Der Grundsatz...**, pp. 14 ss. O autor refuta, aliás, a tese de que a ideia de proporcionalidade em sentido estrito já estivesse implícita em algumas aplicações da época de Weimar. A alegação de que a proporcionalidade e.s.e. era já conhecida em Weimar seria comprovada por construções dogmáticas de autores como **Wilhelm Franzen**, **Wilhelm Laforet**, **Kohlrausch** que, escrevendo no domínio do processo penal, recorreriam implicitamente ao espírito da proporcionalidade em sentido estrito, na aceção atual.

²⁴¹ **Hirschberg, Der Grundsatz...**, p. 10, aponta os exemplos de **Peters**, **Dürig**, **Ipsen**, **Pohl**, **Krüger**, **Hamann**, **von Krauss**, **Zippelius** e outros; mais exemplos em **Dechsling, Das Verhältnismässigkeitsgebot...**, p. 6.

²⁴² **Hirschberg, Der Grundsatz...**, p. 13, cita, designadamente, uma lei, de 1950, de um dos Estados federados (Hessen), sobre medidas de polícia de coação direta.

²⁴³ **Hirschberg, Der Grundsatz...**, p. 12.

ieS). Sem embargo, o autor continuou a empregar a expressão *Verhältnismäßigkeit* com o sentido clássico de necessidade²⁴⁴. Também em 1955, BENDER contribuiu para a consolidação da distinção entre princípio da necessidade (*Grundsatz der Notwendigkeit*) e princípio da proporcionalidade e.s.e.²⁴⁵, que se tornaria gradualmente moeda corrente.

Ainda na década de 1950, algumas decisões do *BVerfG* acentuaram a rutura e confirmaram a evolução terminológica (embora de forma nem sempre consequente). Em 1954, o Tribunal alude pela primeira vez ao princípio da proporcionalidade num *obiter dictum*²⁴⁶. Em 1958, produz a marcante *Apothekenurteil*²⁴⁷. A ele se devem dois importantes contributos: a autonomização da (até aí simplesmente intuída) adequação como segmento com dignidade própria, ao lado da necessidade e da proporcionalidade e.s.e.; a reunião dos três segmentos, sob a designação de princípio da proporcionalidade.

A *Apothekenurteil* encerra um ciclo evolutivo²⁴⁸ e abre uma fase de desenvolvimento e aperfeiçoamento dogmáticos de um instrumento que, no meio

²⁴⁴ **Rupprecht von Krauss**, *Der Grundsatz...*, pp. 17-18.

²⁴⁵ **Bender**, «Verhältnismäßigkeit und Vermeidbarkeit...», pp. 938 ss. (*apud Hirschberg*, *Der Grundsatz...*, p. 16).

²⁴⁶ Decisão *Gesamtdeutscher Block*, *BVerfGE* vol. 3, pp. 383 ss., 399, consultada em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv003383.html> : “Das Wahlgesetz befreit die Parteien, die in der letzten Wahlperiode ununterbrochen mit mindestens drei Abgeordneten im Landtag vertreten waren, vom Unterschriftenquorum. Es verfolgt damit den verfassungsmäßig zulässigen Zweck, der Gefahr der Stimmenzersplitterung vorzubeugen, die erfahrungsgemäß besonders von fluktuierenden, keine konstante und dauerhafte Größe darstellenden Parteien ausgeht. Die Voraussetzung, die der Gesetzgeber in § 20 Abs. 2 Satz 2 aufstellt, ist ein geeignetes Mittel, diesem Zweck zu dienen. Sie überschreitet auch nicht die Grenzen, die durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel gezogen sind. Innerhalb dieser Grenzen aber ist der Gesetzgeber mangels einschlägiger besonderer Bestimmungen der Verfassung frei”. Cfr. **Grabitz**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», p. 569.

²⁴⁷ Decisão sobre farmácias, de 11.6.1958, in *BVerfGE*, vol. 7, pp. 377 ss. V., por todos, **Kommers/Miller**, *The Constitutional Jurisprudence...*, pp. 666 ss. Outras leituras: **O. Bachof**, «Zum Apothekenurteil des BVerfG...»; **Hans-Uwe Erichsen**, «Das Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», in *Jura*, (1985), pp. 66-75; **Larenz**, *Metodologia...*, pp. 492-493; **Petersen**, «Balancing...», pp. 9 ss.

²⁴⁸ Resumindo as grandes estações do desenvolvimento da proporcionalidade e.s.a., **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, pp. 18-19. Quais as razões por que a proibição do excesso/proporcionalidade adquiriam proeminência neste particular momento do desenvolvimento da ordem jurídica alemã? **Sweet / Mathews**, «Proportionality...», p. 25, ensaiam um conjunto de explicações de caráter sociológico, histórico e jurídico: (i) a Lei Básica, que acabara de ser publicada, continha um catálogo de direitos fundamentais com uma estrutura a que se adaptava perfeitamente à proporcionalidade; (ii) os elementos essenciais do teste de necessidade eram familiares aos professores e juízes alemães; (iii) por outro lado, os juízes de direito privado conheciam bem o teste do *balancing*, o qual era conatural a várias disposições do Código Civil, que obrigavam à confrontação de interesses (privados) com outros e o *BVerfG* sempre teve uma composição mista, com juízes publicistas e

século que se lhe seguiria, seria exportado para o Mundo inteiro. A partir daí, apesar de peças judiciais e ensaios doutrinários continuarem a usar o conceito de proporcionalidade no "velho" sentido de necessidade²⁴⁹, situação que permanecerá por bons anos, o conceito de *Verhältnismäßigkeit* passa gradualmente a ser usado quer como macro-conceito, englobante de três subprincípios (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito, com esta ou aquela *nuance* terminológica), quer como micro-conceito, no sentido de proporcionalidade em sentido estrito.

Pela sua relevância, a *Apothekenurteil* merece alguma atenção. Em causa estava o artigo 3.º, 1, da lei bávara das farmácias de 1952, que apenas permitia a emissão de licenças para novas farmácias quando houvesse viabilidade económica e ausência de risco de inviabilidade para outras farmácias vizinhas. Em 1955, foi recusada pelo governo bávaro uma licença a um cidadão, que impugnou a decisão. No julgamento do recurso de amparo, o *BVerfG* considerou a norma em causa inconstitucional e portanto inválida, por violação do artigo 12.º, 1, da *Grundgesetz*, respeitante à liberdade de escolha e de exercício da profissão. O Tribunal admitiu que o legislador pode produzir normas que restrinjam a escolha da profissão (*Berufswahl*) e o exercício da profissão (*Berufsausübung*), e não apenas esta última dimensão da liberdade de profissão, embora não no mesmo grau, uma vez que a liberdade de escolha está mais protegida do ponto de vista constitucional do que a liberdade de exercício: a primeira é um ato de autodeterminação que não afeta os direitos ou interesses de outrem e da sociedade, enquanto a liberdade de exercício os pode afetar. Os limites do poder legislativo são tanto mais apertados quanto mais afetarem a liberdade de escolha e tanto mais lassos quanto mais estejam dirigidos para a liberdade de exercício.

privatistas; (iv) o *BVerfG* era dominado intelectualmente por professores de direito insuspeitos de simpatias pelos nazis e por isso prestigiados; (v) a Alemanha Federal tinha sido formada na base do compromisso do respeito máximo pelos direitos fundamentais, mesmo contra os partidos e o legislador, cuja autoridade, aliás, era relativamente baixa.

²⁴⁹ **Hirschberg, *Der Grundsatz...***, p. 10. Em abono da tese de que *Verhältnismäßigkeit* significava simplesmente a actual *Erforderlichkeit*, podem ser invocadas as obras de **Hans Peters, *Die Verfassungsmäßigkeit...***, p. 13; **Dürig, *Der Grundrechtsatz...***, p. 135 (assimilando *Verhältnismäßigkeit* a *Übermaßverbot*); **Hans Peter Ipsen, *Das Verbot des Massengütertransports...***, pp. 31 ss.; **Pohl, *Ist der Gesetzgeber...***, p. 24 e de alguns outros, que, na década de 50, ainda aludem a *Verhältnismäßigkeit* para significar simplesmente *Erforderlichkeit* ou *Notwendigkeit*.

Daqui decorre a construção da teoria dos três graus (*Stufentheorie*). O primeiro grau consiste na introdução de restrições à liberdade de exercício, gozando o legislador, a propósito, da maior margem de liberdade. Se o fim de interesse público puder ser prosseguido através desse tipo de restrições, permanecendo incólume a liberdade de escolha, o legislador deve ficar por aí. Só se o risco de o fim não ser atingido desse modo for altamente provável e esse fim for *imperativo* ou *particularmente importante*²⁵⁰, pode o legislador passar ao grau seguinte, introduzindo restrições que vão além da afetação da liberdade de exercício e interferem também na liberdade de escolha. Nesse ponto, se o fim puder ser atingido com a introdução de uma lista de requisitos de carácter subjetivo condicionadores da liberdade de escolha (por exemplo, requisitos quanto à formação escolar ou académica), o legislador deve ficar por aí. O legislador só pode evoluir para um grau superior – mais grave – de restrições, introduzindo requisitos de carácter objetivo (ou seja, que não se reportam a qualificações pessoais do sujeito nem são por ele controláveis) condicionadores da liberdade de escolha, se o interesse público que pretende acautelar for de *extrema importância*. Neste caso, a necessidade da restrição está sujeita a prova estrita.

Além da teoria dos graus (*Stufentheorie*), é de realçar também o requisito da diferenciação (*Gebot der Differenzierung*)²⁵¹: a limitação da liberdade de exercício pode ser justificada simplesmente por considerações de bem comum; já a limitação da liberdade de escolha só é justificável se isso for essencial para a promoção de interesses *imperativos* ou *particularmente importantes*.

Mas a decisão das farmácias notabilizou-se sobretudo pelo pioneiro recurso ao princípio da proporcionalidade clássica como utensílio analítico para aferir da legitimidade das restrições²⁵². Apesar de o princípio da proporcionalidade (*Prinzip der Verhältnismäßigkeit*) ser mencionado apenas em dois trechos da decisão, ambos respeitantes à introdução de limitações subjetivas à liberdade de escolha ou de

²⁵⁰ **Kommers/Miller, *The Constitutional Jurisprudence...***, p. 668, falam de *compelling interest*, noção familiar no direito constitucional americano. Noutras traduções usa-se a expressão *interesse particularmente importante*.

²⁵¹ *Apothekenurteil*, § 75.

²⁵² **Kommers/Miller, *The Constitutional Jurisprudence...***, p. 670. Essa visão é partilhada pelo próprio *BVerfG*: v. a decisão *Befähigungsnachweise* (1961), *BVerfGE* 13, pp. 97 ss., 104.

acesso²⁵³, e de não ser feita uma referência sistemática e unificada à necessidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Geeignetheit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Abwägung, Verhältnismäßigkeit i.e.S.*), está bem estabelecido que as exigências próprias do princípio estão gravadas na *Apothekenurteil*. Por um lado, como resulta da própria estrutura escalonada dos graus, a “passagem” de um grau para outro, quando signifique uma restrição mais intensa ou grave, está sujeito a uma ideia de necessidade. Por outro lado, estas exigências transparecem em vários momentos do discurso do *BVerfG*, sendo legítima e indisputada a ilação de que têm de ser observadas qualquer que seja o nível em que a intervenção do legislador se situe²⁵⁴, compreendendo-se, por isso, que sejam referenciados como elementos da *Stufentheorie*²⁵⁵. A relação entre princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica e a ponderação de bens, interesses ou valores começa a ter bases para ser discutida (e controvertida) também por essa altura. Poucos meses antes da *Apothekenurteil*, o Tribunal promanara a *Lüth-Urteil*, um caso de liberdade

²⁵³ Sumário, n.º 6, c) e § 80 (“*Hier gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, daß die vorgeschriebenen subjektiven Voraussetzungen zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen.*”).

²⁵⁴ Especialmente significativo quanto à ponderação e à indispensabilidade é o trecho do § 74 da *Apothekenurteil*: “*Der Freiheitsanspruch des Einzelnen wirkt, wie gezeigt wurde, um so stärker, je mehr sein Recht auf freie Berufswahl in Frage steht; der Gemeinschaftsschutz wird um so dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Berufsausübung der Gemeinschaft erwachsen könnten. Sucht man beiden - im sozialen Rechtsstaat gleichermaßen legitimen - Forderungen in möglichst wirksamer Weise gerecht zu werden, so kann die Lösung nur jeweils in sorgfältiger Abwägung der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise einander geradezu widerstrebenden Interessen gefunden werden. Wird dabei festgehalten, daß nach der Gesamtauffassung des Grundgesetzes die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Wert ist, daß ihr somit auch bei der Berufswahl die größtmögliche Freiheit gewahrt bleiben muß, so ergibt sich, daß diese Freiheit nur so weit eingeschränkt werden darf, als es zum gemeinen Wohl unerlässlich ist.*” (Como se viu, quanto mais forte for a intervenção na liberdade de escolha da profissão do particular mais poderosa a sua pretensão de liberdade; quanto maiores forem os riscos para a comunidade provenientes de uma completa liberdade de exercício da profissão maior premente se torna a proteção da comunidade. Se se quiser tomar ambas as exigências em consideração – ambas legítimas num Estado de Direito social – da maneira mais eficaz, a solução só pode ser obtida em cada caso através da cuidadosa ponderação dos interesses opostos e possivelmente realmente conflitantes. Simultaneamente, a adesão à ideia de que, numa visão global da Lei Fundamental, o livre desenvolvimento da personalidade é o valor mais elevado - devendo, portanto, a liberdade de escolha da profissão ser preservada na maior medida possível - conduz a que esta liberdade pode ser limitada apenas na medida em que isso seja indispensável para o bem comum.”)

²⁵⁵ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», p. 446. Todavia, a relação entre a teoria dos graus e a proibição do excesso é debatida, predominando a ideia de que se trata de uma forma especial de exame da proporcionalidade clássica: **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 514; **Wolfram Höfling**, «Freiheit und Regulierung der Insolvenzverwaltertätigkeit aus verfassungsrechtlicher Perspektive», in *JZ*, vol. 64, 7 (2009), pp. 339-348, 342; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», pp. 560-561 (defendendo que, em rigor, a *Stufentheorie* com a sua diretiva de diferenciação não é mais do que uma concretização e tipificação do princípio da proporcionalidade).

de expressão²⁵⁶. Em causa, o apelo de Erich Lüth, dirigido ao público, aos proprietários de salas de projeção e aos distribuidores, de boicote aos filmes de Veit Harlan, visto como proeminente realizador de filmes de teor nazi e anti-judeus (como *Jud Süß*). Tratava-se de saber, em sede de recurso de amparo, se esse apelo contrariava a lei – como um tribunal de Hamburgo tinha entendido, proibindo-o – ou se poderia ser permitido ao abrigo da liberdade de expressão, garantida pela Lei Fundamental. O *BVerfG* efetuou pela primeira vez uma operação de ponderação de valores (*Güterabwägung*)²⁵⁷ num patamar abstrato, abrindo, todavia, caminho à mais particularizada e concreta ponderação de interesses (típica do direito privado). Estava em causa o julgamento de um caso concreto de colisão entre direitos de particulares (de Erich Lüth, por um lado, e do realizador Veit Harlan e das entidades produtoras e distribuidoras do seu filme *Unsterbliche Geliebte*, por outro). Tratava-se de definir qual dos direitos deveria prevalecer/sucumbir no caso concreto, ou seja, do estabelecimento de uma eventual relação de prevalência entre eles, para o que era necessária ponderação (*“es wird deshalb eine “Güterabwägung” erforderlich*”). Lüth viu a sua posição salvaguardada^{258/259}.

Com a *Lüth-Urteil* e a *Apothekenurteil* ficou lançada uma primeira linha divisória entre a ponderação como instrumento autónomo e outros testes que têm uma componente de ponderação, designadamente a proporcionalidade²⁶⁰. Todavia, na

²⁵⁶ In *BVerfGE*, vol. 7, pp. 198 ss. No mesmo dia de Lüth foi decidido também o caso *Plakaten*, com orientação similar (*BVerfGE*, vol. 7, pp. 230 ss.). V., por todos, **Kommers/Miller, *The Constitutional Jurisprudence...***, pp. 442 ss.; **Schlink, *Abwägung...***, pp. 17 ss.

²⁵⁷ Sobre o caráter inovatório e estruturante desta decisão, v., por exemplo, a súmula de **Bomhoff, *Balancing...***, pp. 77 ss. Para além da *Güterabwägung*, Lüth foi igualmente pioneira no que se refere ao efeito horizontal dos direitos e ao conceito de ordem de valores objetiva. A orientação balanceadora do *BVerfG* foi prontamente criticada por **Forsthoff**, «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes», in Barion, Forsthoff, Weber (eds.), *Festschrift für Carl Schmitt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1959 (denunciando o perigo de dissolução ou de decomposição da constituição); mesmo aqueles que a acharam inevitável, como **Herzog**, alertaram para a necessidade de uma mais sólida estruturação, desiderato que em última análise seria conseguido através do princípio clássico da proporcionalidade (**Herzog**, «Kommentar zu Art. 5 Abs 1-2», in Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, Beck, München, sd).

²⁵⁸ Alegadamente, o Tribunal terá colhido inspiração na *Interessenjurisprudenz*, gerada no âmbito do direito privado e na teoria da integração de Smend, construída no ambiente de Weimar (v., deste autor, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit.). Sobre a (discutível) ligação entre a doutrina de Smend e a ponderação de bens ou *balancing*, que o *BVerfG* pareceu dar como defensável, **Bomhoff, *Balancing...***, pp. 98 ss.

²⁵⁹ **Bomhoff, *Balancing...***, pp. 115 ss.

²⁶⁰ Já assim, **Zippelius**, «Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkung ...», cit.

doutrina e na jurisprudência alemãs essas relações interdimensionais nunca foram pacíficas²⁶¹.

O desenvolvimento que flui da *Apothekenurteil* decorre de bases e de um contexto teórico-constitucional similares a *Lüth*. No entanto, a aparente autonomia atribuída pelo Tribunal a duas linguagens, espaçadas por poucos meses, dá algum alento a quem sustenta que as raízes da ponderação de bens de *Lüth* e da proporcionalidade da *Apothekenurteil* são distintas, não obstante partilharem o mesmo sentido essencial²⁶². A ponderação de bens radicaria na jurisprudência de interesses de HECK e no constitucionalismo material integrativo de SMEND, enquanto a proporcionalidade colheria inspiração no direito administrativo prussiano²⁶³. O tema será retomado e explorado adiante²⁶⁴.

Ainda em 1958, regista-se outro marco da evolução e consolidação terminológica: LERCHE defende a sua dissertação de doutoramento em Munique (publicada em 1961²⁶⁵), a qual pode ser considerada o ponto de fratura literária entre a história e a pré-história do princípio na Alemanha e, porventura, também no espaço europeu²⁶⁶. Ancora definitivamente o princípio da proibição do excesso no direito constitucional²⁶⁷ e consolida a diferença entre proporcionalidade e.s.e. e necessidade ou indispensabilidade (ignorando, porém a adequação). Por outro lado, na linha de tradição de WALTER JELLINEK, sugere *Übermaßverbot* como macro-

²⁶¹ V., por todos, a apresentação de várias possibilidades em **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, pp. 83 ss.

²⁶² **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 116.

²⁶³ *Idem*.

²⁶⁴ *Infra*, capítulo 17.

²⁶⁵ **Lerche**, *Übermass...*, *cit*.

²⁶⁶ Na década de 60, proliferam as obras sobre o princípio, algumas das quais contribuem para o aperfeiçoamento dos seus contornos. Veja-se **Gribbohm**, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei dem mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung*, (1966); **Dahlinger**, «Gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung?», (1966); **Gentz**, *Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen*, (1968); **Holzlohner**, *Die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit als Prinzipien des Strafverfahrens* (1968); **Witt**, *Verhältnismässigkeitgrundsatz. U-Haft, körperliche Eingriffen und Gutsachen über den Geisteszustand*, (1968); **Wittig**, *Zum Standort des Verhältnismässigkeit im System des Grundgesetz*, (1968); **Denzel**, *Übermaßverbot und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, (1969). No entanto, depois de **Lerche**, as tentativas sistematizadoras mais influentes são as de **Grabitz**, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts», *cit.*, já na década de 70 (1973) e de **Hirschberg**, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit* (1981).

²⁶⁷ **Von Krauss** ainda se movera essencialmente no contexto do Direito Administrativo.

conceito alternativo a *Verhältnismäßigkeit*, permanecendo desde então as duas linhas terminológicas em convívio, normalmente amigável²⁶⁸.

O alargamento do *âmbito de aplicação* do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade toma forma também nos anos 50, particularmente na medida em que se considera que não é aplicável simplesmente no domínio do direito administrativo, sobretudo de polícia (além dos outros tradicionais candidatos à aplicação da ideia de necessidade/proporcionalidade, o direito penal e o direito processual penal), para ser transportado para o domínio do direito constitucional, passando a ser encarado como limite e guia de atuação para o próprio legislador em todas as áreas de intervenção “agressiva”²⁶⁹. Nesse aspeto, também autores como v. KRAUSS e LERCHE, do lado da doutrina e tribunais como o *Bayerischer Verfassungsgerichtshof* (*BayVerfGH*)²⁷⁰ e o *BVerfG*, desempenham um papel de relevo na criação dos quadros que abririam todos os domínios jurídicos à aplicação do princípio, destacando-se mais uma vez a *Apothekenurteil*²⁷¹.

No início da década de 60, o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica completara o seu processo de formação e adquirira *mutatis mutandis* a sua configuração atual. Nesse seu figurino atual, vinculativo para o legislador²⁷² e não se esgotando na apreciação essencialmente empírica da relação entre meios e fins e entre meios (isto é, na verificação da adequação e necessidade), é fruto do protagonismo estatal pós-liberal, da evolução de uma

²⁶⁸ Lerche, *Übermaßverbot...*, pp. 21 ss. Adoptam essa terminologia entre outros Arndt/Rudolf, Blomeyer, Canaris, Derleder/Winter, Gallwas, Isensee, Kunze, Lohmann, Lücke, Schmatz, Scholz, Zipf.

²⁶⁹ Quanto a isso encontram-se, na verdade, já indícios doutrinários que, apesar de equívocos (Dürig, por ex.) e não obstante as opiniões negativas (v. Pohl, *Ist der Gesetzgeber...*), contrariam a corrente tradicional que vincula o princípio da proporcionalidade ao direito administrativo de polícia, ou ao direito administrativo agressivo e ao processo penal.

²⁷⁰ No quadro da Constituição do Estado da Baviera, decisões de 1949 e 1956.

²⁷¹ V., neste sentido, Hirschberg, *Der Grundsatz...*, p. 17. O *BayVerfGH* ensaiou, em 1956, uma fundamentação da aplicação do princípio no domínio do Direito Constitucional na natureza dos direitos e no princípio do Estado de Direito. Diferentemente, o *BVerfG*, não se terá preocupado em elaborar sobre os fundamentos do princípio, como nota Grimm, «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence», p. 387. Depois da *Apothekenurteil*, o Tribunal foi carregando sucessivamente as cores quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade: 1963, aplicabilidade do princípio a todos os casos de restrição de direitos; 1965, estatuto constitucional do princípio da proporcionalidade na RFA; 1969, vinculação de todas as autoridades ao princípio da proporcionalidade. Até por volta de 1973, segundo Grabitz, «Der Grundsatz...», p. 570, o *BVerfG* terá feito controlos de proporcionalidade em 132 ocasiões.

²⁷² Assim von Krauss, *Der Grundsatz...*, pp. 42 ss. (*apud* Hirschberg).

Begriffsjurisprudenz para uma *Interessenjurisprudenz*²⁷³ e daquilo que poderemos designar de plena interiorização pelo Direito da racionalidade *weberiana*.

Todavia, a relativa estabilização teórica, analítica e dogmática não significa plena pacificação ou consensualização. A tripla clarificação forjada nas últimas décadas pela doutrina e pela jurisprudência germânicas (terminologia, estrutura, âmbito de aplicação) não foi, nem é ainda, pacífica. A própria legitimidade do princípio mereceu reparos e continua a ser aceite, por alguns sectores da doutrina, com reservas, quando não com manifesta desconfiança. E mesmo quando não conteste o princípio globalmente, um certo setor da doutrina alveja um dos seus segmentos: a proporcionalidade e.s.e. (ou, mais latamente, o contrapeso ou balanceamento de bens, interesses e valores que ele implica).

2.1.2. Suíça²⁷⁴

A Suíça tornou-se, em 1999, um dos raros Estados cujo texto constitucional consagra expressa e textualmente o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade como limite à restrição de direitos fundamentais. O artigo 36 § 4 do texto constitucional de 18 de Abril de 1999, em vigor desde 2000, dispõe que “toda a restrição de um direito fundamental deve ser proporcionado ao fim visado”. Esta disposição, embora recente, limita-se a cristalizar, neste aspeto, jurisprudência de longa data do Tribunal Federal²⁷⁵, que já atribuía nível constitucional ao princípio, extraindo-o do Estado de Direito. Em decisões anteriores a 2000, aquele Tribunal Federal atribui-lhe reiteradamente o conteúdo tripartido comum na Alemanha: aptidão (adequação), necessidade, proporcionalidade e.s.e.

²⁷³ Barak, *Proportionality...*, p. 177; desenhadamente, Bomhoff, *Balancing...*, pp. 31 ss.

²⁷⁴ V., por todos, Jörg Paul Müller, *Elements pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, pp. 123 ss.; Pierre Muller, «Le principe de la proportionnalité», *cit.*; Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, pp. 39 ss.; A. Bonnard, «Le principe de proportionnalité en droit public Suisse», pp. 201 ss.; Zimmerli, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...»; Hotz, *Zur Notwendigkeit...*; Weber-Dürler, «Zur neuesten Entwicklungen des Verhältnismässigkeitsprinzips...».

²⁷⁵ Há autores que citam uma afloração do princípio numa decisão do Tribunal federal de 1926: v. P. Moor, *Droit Administratif*, vol. I, Berna, 1994, p. 422, *cit.* por Van Drooghenbroeck, p. 40.

2.2. Segundo espaço de difusão

2.2.1. – Os rendidos

O grupo dos rendidos é integrado por muitos Estados da Europa, eventualmente a maioria.

Merece particular destaque a Espanha. Apesar de o princípio da proporcionalidade não ter aí consagração constitucional, a jurisprudência²⁷⁶ e a doutrina²⁷⁷ constitucionais, pela sua proximidade, têm especial interesse para a discussão do caso português. Alguns dos principais autores serão convocados com frequência ao longo do texto.

Há também vários ordenamentos não europeus. De seguida deixaremos apontamentos breves sobre algumas experiências não europeias, menos conhecidas entre nós, que têm dado um contributo relevante para a universalização - e também para a diversificação doutrinal - da proibição do excesso: Canadá, África do Sul e Israel.

Nesse curso, tendo em conta a limitação de espaço, não podemos deixar mais do que breves indicações remissivas sobre a variada e extensa doutrina brasileira - neste específico tópico, muito influenciada pelos padrões europeus -, também frequentemente convocada ao longo do trabalho.

²⁷⁶ O Tribunal Constitucional espanhol terá aludido pela primeira vez, expressamente, ao princípio, integrado pelos três segmentos da idoneidade, necessidade e proporcionalidade e.s.e., na sentença 66/1995.

²⁷⁷ V., por todos, **Barnés**, «El principio de proporcionalidad...», *cit.*; *idem*, «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico», in *CDP*, vol. 5 (1998), pp. 333 ss.; **Trias / Ruiz**, «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», *cit.*; **Pulido**, *El principio de proporcionalidad...*, *cit.* Também **González**, *El principio general de proporcionalidad en el Derecho administrativo*, *cit.*; **Serrano**, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, *cit.*; **Penalva**, «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», *cit.*; **I. Doménech**, «El principio de proporcionalidad...», *cit.*; **Beilfuss**, *El principio de proporcionalidad...*, *cit.*; **Guerrero**, «El principio de proporcionalidad y el legislador...», *cit.*; **Nieto**, «Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales...», *cit.*; **Zorrilla**, *Conflictos constitucionales, ponderación...*, *cit.*; **Ruiz / de la Torre Martínez** - «Algunas aplicaciones e implicaciones...», *cit.*; **Santiago**, «La ponderación de bienes...», *cit.*; **Fueyo**, «El principio de proporcionalidad...», *cit.*; **Ruiz**, «La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales...», *cit.* Há numerosos estudos sobre a aplicação da proporcionalidade aos domínios administrativo e penal.

2.2.1.1. Canadá

O caso canadiano merece especial relevo, até pela influência que a adoção do *standard* da proporcionalidade teve em vários outros ordenamentos não europeus²⁷⁸.

A *Charter of Rights and Freedoms* canadiana, com valor constitucional, data de 1982. O seu artigo 1.º estabelece que “(t)he Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

Autores canadianos influentes procuraram inspiração na interpretação que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem conferia a disposições equivalentes da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (abreviadamente, Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou CEDH)²⁷⁹.

O *Supreme Court* do Canadá passou a empregar o teste da proporcionalidade a partir de meados da década de 1980. No caso *Big Mart* (1985) é referida a aplicabilidade do teste da proporcionalidade em situações de limitação de direitos. Mas o caso crucial é *Regina v. Oakes* (1986)²⁸⁰, onde estava em causa a eventual violação do princípio da presunção da inocência num caso de aplicação de um preceito do *Narcotics Act* que presumia que a posse de drogas ilícitas indiciava tráfico²⁸¹.

Na decisão, o *Chief Justice* DICKSON estabeleceu que a limitação de direitos deve respeitar dois critérios ou *standards* centrais: (i) o da importância do objetivo da limitação; (ii) o princípio ou teste da proporcionalidade. É a partir daqui que a doutrina canadiana tanto fala de uma análise da proporcionalidade em quatro

²⁷⁸ V. **Jackson**, «Being Proportional About Proportionality», *cit.*; **Choudhry**, «So What Is the Real Legacy...», p. 502.

²⁷⁹ V., por todos, **P. W. Hogg**, *Constitutional Law of Canada*, 2.ª ed., Carswell, Toronto, 1985, p. 687, sustentando que o conceito de *reasonable* contém no seu seio a ideia de proporcionalidade.

²⁸⁰ *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103 V. **Robert J. Sharpe / Kent Roach, Brian Dickson: a Judge's Journey**, University of Toronto Press, Toronto, 2004, pp. 353 ss.; **Hickman**, «Proportionality...»; **Barak**, *Proportionality...*, p. 188 e extensa bibliografia citada.

²⁸¹ **Sweet/Mathews**, «Proportionality...», p. 30, sublinham que a linguagem da Carta (*reasonable limits*) admitiria que o Tribunal optasse por testes mais limitados, como os *standards* da *reasonableness* ou da *rational basis* usados nos EUA, mas a opção por um teste mais apertado como o da proporcionalidade poderá fazer sentido à luz da história da *Charter*.

passos, como de uma análise em *dois tempos* ou em *dois* passos, o primeiro com uma componente, o segundo com três²⁸². As três componentes deste segundo passo são: conexão racional da medida com o objetivo (*rational connection*); menor interferência possível nos direitos em causa (*minimal impairment* ou *least injurious means*); proporcionalidade entre os efeitos das medidas e o objetivo identificado como de importância suficiente para justificar uma limitação de direitos²⁸³.

Em *Oakes*, o Tribunal decidiu que a primeira componente não estava preenchida, uma vez que não haveria conexão entre a posse de drogas ilícitas e tráfico que permitisse presumir racionalmente que quem é encontrado na posse de qualquer quantidade de drogas é traficante.

O desenvolvimento do princípio ficou indelevelmente ligado a este episódio que marcou historicamente a sua consagração jurisprudencial. Não se negou que houvesse uma relação de causa/efeito entre o meio (presunção de que quem detém droga é traficante) e o fim (prevenção/dissuasão/repressão do tráfico)²⁸⁴: não havia portanto desadequação na sua expressão mais estrita. Mas a norma legislativa foi invalidada com fundamento na ausência de *rational connection*. A ausência de *rational connection* derivava de a norma legislativa abranger potencialmente mais pessoas do que as que deveriam ser abrangidas (*overbroad*²⁸⁵). Num quadro europeu, estas situações de âmbito subjetivo demasiado largo (de *overinclusiveness*) podem ser ou não condenadas, mas o quadro próprio para averiguar a sua validade é o do segmento da necessidade e não o da adequação. Se *Oakes* fosse julgado em Portugal poderia suceder que a norma em apreciação fosse julgada inconstitucional

²⁸² Cfr., por exemplo, **Choudhry**, «So What Is the Real Legacy...», pp. 505 ss.; **Réaume**, «Limitations on Constitutional Rights...», pp. 4 ss.; **Panaccio**, «In Defense of Two Step...».

²⁸³ "(F)irst the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question... (S)econdly, the means, even if rationally connected to the objective in this first sentence should impair "as little as possible" the right or freedom in question... Thirdly there must be proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter, right or freedom and the objective which has been identified as of "sufficient importance" (p. 227). A correspondência entre as componentes do *segundo passo* enunciadas pelo Supremo Tribunal canadiano e os três subprincípios da proibição do excesso ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade e.s.e.) ficará manifesta quando estas forem estudadas no lugar próprio. Teremos também oportunidade de demonstrar que o artigo 1.º da Carta canadiana contém o que designamos de comando de harmonização e que o princípio da proporcionalidade é apenas um dos instrumentos disponíveis para a satisfação desse comando. V. mais referências em **Davis/Chaskalson/Waal**, *Democracy and constitutionalism...*, pp. 27-28 e o aplauso de **Beatty**, *Talking Heads...*

²⁸⁴ **Hickman**, «Proportionality...», p. 38.

²⁸⁵ **Hickman**, «Proportionality...», p. 38.

por violação deste segmento: para punir os traficantes de drogas com a intensidade visada pelas normas legislativas apreciadas haveria presumivelmente medidas menos drásticas do que tratar todos os possuidores de drogas como traficantes, qualquer que seja a quantidade possuída.

A dimensão do *minimal impairment* também não estava totalmente em linha com o padrão europeu da proporcionalidade, uma vez que, na sua expressão literal, era o teste mais adstringente: as normas legislativas só o suplantariam se fosse mostrado que representavam a menor interferência possível nos direitos protegidos pela Carta²⁸⁶. A liberdade de conformação do legislador ficaria comprimida ao máximo, uma vez que seria admitida apenas *uma* solução legislativa como a permitida do ponto de vista constitucional²⁸⁷. Porém, esta exigência atenuar-se-ia significativamente em casos posteriores²⁸⁸, aproximando-se também dos parâmetros europeus.

A formulação do terceiro segmento do princípio da proporcionalidade, que corresponde à proporcionalidade e.s.e. (embora em *Oakes* se fale simplesmente de ‘proporcionalidade’), merece transcrição: “Quanto mais severos forem os efeitos deletérios de uma medida, mais importante o objetivo deve ser para que essa medida se considere razoável e demonstradamente justificada numa sociedade livre e democrática²⁸⁹”. A similitude com a lei da ponderação de ALEXY, que se estudará adiante, é flagrante. Porém, sabe-se que o alcance prático deste terceiro passo é reduzido, ao invés do que sucede na Europa²⁹⁰.

A versão canadiana do princípio da proporcionalidade nasceu com individualidade própria. O *Chief Justice* DICKSON tinha conhecimento das jurisprudências europeia e norte americana²⁹¹ e a arquitetura estrutural do princípio da proporcionalidade

²⁸⁶ **Hickman**, «Proportionality...», p. 40.

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ Designadamente, *R. v Edward Books and Art Ltd.*, logo em 1986. V. a análise pormenorizada de **Hickman**, «Proportionality...», pp. 41 ss.

²⁸⁹ *Oakes*, *cit*.

²⁹⁰ V. **Hogg**, *Constitutional Law of Canada*, 5.^a ed, vol. 2, Thomson, Carswell, Toronto, 2007, § 38.12. Como nota **Hickman**, «Proportionality...», p. 47, nenhum caso assentou unicamente na violação do terceiro segmento do princípio da proporcionalidade (que designa de *overall balance test*). Aliás, o autor contesta a autonomia estrutural entre o segundo e o terceiro passo da proporcionalidade.

²⁹¹ V. **Sharpe/Roach**, *Brian Dickson – A Judge’s Journey*, Toronto University Press, Toronto, 2003, p. 334.

em *Oakes* refletia influências de ambas, mas não coincidia inteiramente com nenhuma. Porventura, os juízes canadianos terão procurado uma síntese entre a versão europeia, já consolidada na Alemanha na década de 1980, e o *strict scrutiny*, também já configurado pelo Supremo Tribunal dos EUA nessa época. Uma hipótese razoável, é que *Oakes* tenha pretendido refletir o *strict scrutiny*, atribuindo saliência aos segmentos da importância do objeto da limitação (o *compelling interest* americano), da *rational connection* e do *minimal impairment*, ao mesmo tempo que aditava expressamente um momento de ponderação de interesses ou *balancing*, entre os efeitos limitativos das medidas legislativas e os seus objetivos, coincidente com a proporcionalidade e.s.e., que a doutrina do *strict scrutiny* não reconhece explicitamente. Por isso, o *rational connection* e o *minimal impairment* não eram totalmente sucedâneas dos segmentos da adequação e da necessidade do princípio da proporcionalidade na versão europeia, embora coincidissem em elevada percentagem.

Como se referiu, os pontos de coincidência aumentaram com o decurso do tempo. Isso traduziu-se numa certa oscilação posterior do Tribunal na aplicação da doutrina de *Oakes*, criticamente notada e discutida pelos constitucionalistas. Em termos gerais, registou-se a tendência para uma significativa correção em vários aspetos, com suavização das arestas da fórmula original (promovida pelo próprio DICKSON²⁹²) e maior deferência para com o legislador, com aplicação menos restritiva dos vários passos do princípio²⁹³.

Não obstante, a versão canadiana da proporcionalidade mantém individualidade própria, que lhe confere interesse específico para efeitos de uma teoria da proporcionalidade com pretensão de validade universal. A morbilidade das medidas legislativas logo na fase da avaliação do objetivo prosseguido pela medida, ou à luz da adequação ou da necessidade, é referida como um dos aspetos distintivos da aplicação do princípio pela jurisprudência canadiana. Essa sobrecarga dos primeiros passos e quase apagamento do quarto não deixa, porém, de suscitar

²⁹² *R v. Edwards Books and Art Ltd* (1986): **Hickman**, «Proportionality...», pp. 40 ss.

²⁹³ Cfr. a análise desenvolvida de **Choudhry**, «So What Is the Real Legacy...», pp. 506 ss.

igualmente críticas e propostas alternativas por parte de alguns setores da doutrina²⁹⁴.

A consagração jurisprudencial do teste da proporcionalidade no campo da limitação de direitos, obrigou a que o próprio legislador interiorizasse a necessidade da sua observância na redação das leis, tendo o teste da proporcionalidade sido incorporado no *próprio processo legislativo*, através de mecanismos de validação prévia das medidas legislativas face à *Charter*, designadamente no respeitante ao princípio da proporcionalidade, no âmbito do processo de redação pelo *Cabinet* e pelo Parlamento²⁹⁵.

A jurisprudência do *Supreme Court* do Canadá sobre o teste da proporcionalidade, a partir de *Oakes*, desempenhou um papel difusor para outros Estados, designadamente Irlanda²⁹⁶, África do Sul, Reino Unido, Nova Zelândia e até, em certo momento, Austrália, parecendo o teste da proporcionalidade estar a substituir paulatina e gradualmente o tradicional teste da *Wednesbury reasonableness*.

2.2.1.2. África do Sul

A receção do teste da proporcionalidade no ordenamento jurídico sul-africano esteve associada ao desenvolvimento constitucional resultante da transição do regime do *apartheid* para o regime democrático. Em Novembro de 1993, foi ratificada uma Constituição provisória²⁹⁷ que, além de um extenso catálogo de direitos (Capítulo 3, Direitos Fundamentais), incluindo uma cláusula sobre a respetiva limitação, estabelece um Tribunal Constitucional (*Constitutional Court*). O novo quadro constitucional e de proteção dos direitos fundamentais, encorajou a

²⁹⁴ Cfr., por todos, **Réaume**, «Limitations on Constitutional Rights...», p. 11 (defendendo que os três passos iniciais – valia ou importância do fim, adequação, necessidade – não são mais do que um prelúdio para a questão central, que só é apreciada/resolvida no contexto da proporcionalidade e.s.e.).

²⁹⁵ **Sweet / Mathews**, «Proportionality...», p. 33; **James Kelly**, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent*, UBC Press, Vancouver, 2005; **Hiebert**, «A Hybrid-Approach...», *cit.*

²⁹⁶ V. a análise da questão no contexto irlandês em **Foley**, «The proportionality test: present problems», *cit.*

²⁹⁷ *Constitution of the Republic of South Africa, Act 200*, de 1993, emendada várias vezes depois da aprovação.

doutrina a uma imediata pesquisa e proposta de uso dos meios mais sofisticados de garantia, entre os quais o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica, utilizando como referência sobretudo o figurino alemão²⁹⁸.

Quanto ao Tribunal Constitucional, excluiu, inicialmente, num caso de 1995, a necessidade de aplicação do teste da proporcionalidade à maneira canadiana. Mas logo em *State v. Makwanyane and Another*, ainda em 1995, um caso em que estava em julgamento a constitucionalidade da pena de morte, o princípio foi invocado e aplicado, tendo a pena de morte sido considerada um meio menos adequado e mais drástico do que a prisão perpétua.

O quadro argumentativo de *State v. Makwanyane* viria a ser seguido em alguns casos subsequentes, mas a proporcionalidade só foi elevada ao estatuto de princípio constitucional com a adoção de uma Constituição definitiva em 1996²⁹⁹, a qual incorporou os segmentos do teste da proporcionalidade identificados em *State v. Makwanyane*³⁰⁰. Desde então “a proporcionalidade e o balanceamento estão no coração da litigação constitucional” da África do Sul (ALBIE SACHS³⁰¹).

Comparando com outros sistemas jurídicos em que a jurisprudência sul-africana colheu inspiração, como o Canadá, nota-se a diferença de o processo aplicativo nem sempre desagregar com clareza os vários segmentos da proporcionalidade. Por outro lado, o segmento do “*the least restrictive means*” parece ser o mais importante

²⁹⁸ Cfr., em geral, **Rautenbach**, *General provisions...*, pp. 63, esp. 96; *idem*, - «Proportionality and the Limitation Clauses...», *cit.*; **Plessis/De Ville**, *Personal Rights...*, pp. 228, 250; **Woolman/J. de Waal**, *Freedom of Assembly...*, pp. 323, 332; *idem*, *Freedom of Association...*, p. 368; **G. Erasmus**, *Limitation...*, pp. 648 ss.; **Currie**, «Balancing...», *cit.*; **Bilchitz**, «Does Balancing Adequately...», *cit.*; **Petersen**, «Proportionality and the Incommensurability Challenge – Some Lessons from the South African Constitutional Court», *cit.* Críticos, **Woolman/Botha**, «Limitations», in Woolman e outros, *Constitutional Law of South Africa*, 2.^a ed., Juta, 2006.

²⁹⁹ A Constituição da República da África do Sul foi aprovada pelo Tribunal Constitucional em 4 de Dezembro de 1996, produzindo efeitos a partir de 4 de Fevereiro de 1997.

³⁰⁰ Capítulo 2, seção 36, sobre *Limitation of rights* :

1. The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including
 - a. the nature of the right;
 - b. the importance of the purpose of the limitation;
 - c. the nature and extent of the limitation;
 - d. the relation between the limitation and its purpose; and
 - e. less restrictive means to achieve the purpose.
2. Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights.

³⁰¹ **Albie L. Sachs**, «The Challenges of Post-Apartheid South Africa», *Green Bag* 7, Outono 2003, p. 63.

na prática³⁰². Por isso, é de realçar a circunstância de o *Supreme Court* ter especial cautela na atividade adjudicativa, observando visível autocontenção no que se refere à substituição das escolhas do legislador pelas suas próprias e reconhecendo que é àquele que competem as opções de políticas públicas (*State v. Manamela and Others*, 2000). A posição de domínio por parte do executivo, inclusive na preparação dos projetos legislativos, impede uma análise tão transparente como a que se faz no Canadá no que toca à incorporação do princípio da proporcionalidade no próprio procedimento legislativo³⁰³.

2.2.1.3. Brasil

A Constituição brasileira de 1988 não contém referências expressas ao princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade, mas isso não tem detido quem vê nela, pelo menos, a sua consagração implícita. O princípio tem sido objeto de grande e crescente atenção doutrinal³⁰⁴ e de aplicação jurisprudencial, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

A par da proporcionalidade clássica, tem sido também tratado profusamente o tema da proibição do defeito, particularmente no domínio penal³⁰⁵.

³⁰² **Sweet/Mathews**, «Proportionality...», p. 41.

³⁰³ **Sweet/Mathews**, *idem...*, p. 42.

³⁰⁴ Por exemplo, **Bonavides**, - «O princípio constitucional da proporcionalidade e da proteção dos direitos fundamentais», *cit.*; **Barroso**, «Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional», *cit.*; **Willis Santiago Guerra Filho**, «O princípio constitucional da proibição do excesso», *cit. idem*, «Os princípios da isonomia e da proporcionalidade», *cit.*; **Maria Christina de Almeida**, «Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade ...», *cit.*; **Barros**, *O princípio da proporcionalidade...*, *cit.*; **Ávila**, *Teoria dos princípios...*, *cit.*; *idem*, «A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade», *cit.*; **Buechele**, *O princípio da proporcionalidade...*, *cit.*; **Braga**, *Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade*, *cit.*; **Rothenburg**, «O tempero da proporcionalidade...», *cit.*; **Leonardo Martins**, «Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade...», *cit.*; **Steinmetz**, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade...*, *cit.*; **Stumm**, *Princípio da proporcionalidade...*, *cit.*; **Marcelo Neves**, *Entre Hidra e Hércules...*, *cit.*; **Virgílio Afonso da Silva**, «O proporcional e o razoável», *cit.*; *idem*, «Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision», *cit.*; *idem*, «Ponderação e objetividade na interpretação constitucional», *cit.*; *idem*, «Teoria de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes», *cit.*

³⁰⁵ Entre muitos, **Sarlet**, «Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência», *cit.*; **Flávio Oliveira**, *Controlo da omissão estatal...*, *cit.*; **Streck**, «Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente...», *cit.*; **Flach**, *As duas faces do princípio da*

2.2.1.4. Israel³⁰⁶

Eventualmente, o *Supreme Court* de Israel aplicará o teste da proporcionalidade mais consistente e rigorosamente do que qualquer outra jurisdição no Mundo³⁰⁷. A afirmação pode ser algo exagerada, mas é verdade que desde a década de 80 do século passado que a análise da proporcionalidade, em termos próprios do ambiente jurídico constitucional israelita, onde não existe uma Constituição escrita, perpassa pela jurisprudência do *Supreme Court*.

Com *United Mizrahi Bank plc v. Midgal Cooperative Village* (1995), reconheceu-se não apenas a aplicação do princípio da proporcionalidade no direito administrativo de Israel, como se consumou a sua migração para o direito constitucional, por via da cláusula sobre limitação de direitos contida no artigo 8.º da *Israeli Basic Law: Human Dignity and Liberty*, de 1992, nos termos da emenda de 1994.

Depois desta decisão, a análise da proporcionalidade em quatro estádios, ao modo de *Oakes*, passou a ser executada pelo *Supreme Court*, não apenas nos domínios dos litígios sobre limitação de direitos contidos na *Basic Law*, mas também no domínio dos atos da Administração, por vezes em casos tão delicados e vitais para a política de defesa de Israel como o que esteve em causa em *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel* (2004). Nesse aresto, o Tribunal pronunciou-se pela violação do segmento da proporcionalidade em sentido estrito por uma decisão que definia um certo trajeto para o muro erguido por Israel com a justificação de combater ataques terroristas.

proporcionalidade e as normas penais: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente, cit.

³⁰⁶ V., por último, **Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations***, cit. Barak teve um papel relevante, quer como membro do *Supreme Court*, quer como jus-publicista, no desenvolvimento da análise da proporcionalidade no contexto constitucional israelita. Foi ele o relator de *Hamdi v. Commander of Judea and Samaria* (1982), de *Turkeman v. Minister of Defense* (1993) e *United Mizrahi Bank plc v. Midgal Cooperative Village* (1993). Também influente, **Itzhak Zamir**, quer como juiz do *Supreme Court*, quer como juspublicista.

³⁰⁷ **Sweet/Mathews**, «Proportionality...», p. 42.

2.2.2. Os renitentes

2.2.2.1. França

2.2.2.1.1. A progressiva instalação do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade (*nomen* geralmente usado no contexto francês) não passou despercebido à doutrina ao longo das últimas décadas³⁰⁸.

Todavia, o seu impacto jurisprudencial ao nível do controlo da constitucionalidade das normas legislativas tem sido menor que noutras jurisdições europeias. A explicação pode residir na tradição *rousseauuniana* do primado da lei e na conceção que vê os juízes estritamente vinculados a uma lógica dedutivo-silogística³⁰⁹. A aquisição do pensamento dialético, não formalista, favorável às técnicas ponderativas, revelou-se relativamente tardio e lento³¹⁰.

Até muito recentemente, o máximo que se poderia dizer era que o Conselho Constitucional exercia com *especificidades* próprias³¹¹ o controlo de proporcionalidade - embora sem reconhecer um princípio de proporcionalidade³¹²

³⁰⁸ O trabalho de **Braibant**, «Le principe de la proportionnalité», *cit.*, data de 1974, o de ; **Guibal**, «De la proportionnalité», *cit.*, de 1978. Posteriormente, **Fromont**, «Le principe de proportionnalité», *cit.*; **Mekhantar**, *Le controle juridictionnel de la proportionnalité...*, *cit.*; **J. Lemasurier**, «Vers un nouveau principe général...», *cit.*; **Georges Xynopoulos**, *Le controle de la proportionnalité...*, *cit.*; **Belley**, «L'émergence d'un principe de proportionnalité», *cit.*; **Ziller**, «Le principe de proportionnalité», *cit.*; **Goesel-Le Bihan**, «Réflexion iconoclaste sur le contrôle...», *cit.*; *idem*, «Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: figures récentes», *cit.*; *idem*, «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques?», *cit.*; **Teitgen**, «Le principe de proportionnalité en droit français...», *cit.*; **Philippe**, *Le contrôle...*; *idem*, «El principio de proporcionalidad en Derecho Público francés», *cit.*; **Jean-Paul Costa**, *Le principe de proportionnalité...*, *cit.*; **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, *cit.*; **Fraisse**, «Le Conseil Constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié, et modelé de la proportionnalité», *cit.*; **Bousta**, «Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française...», *cit.* V., também, **Montalivet**, *Les objectifs ...*, *cit.*; **De La Cruz Ferrer**, «Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés...», *cit.*; **Pulido**, *El principio...*, pp. 48 ss.; **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», *cit.*; **Fabbrini**, «Reasonableness as a test for judicial review ...», *cit.*

³⁰⁹ Assim, **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, p. 51.

³¹⁰ *Idem*, p. 52.

³¹¹ **Bousta**, «Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française...», *cit.*

³¹² **Van Gerven**, «The Effect of Proportionality ...», p. 50; **Bousta**, «Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française...», *cit.*

- na maior parte dos casos de limitação de direitos com vista à prossecução de objetivos com valor constitucional³¹³.

A partir do dealbar dos anos 1990, assiste-se a uma progressiva clarificação e, após hesitante evolução³¹⁴, regista-se uma aproximação mais decidida e explícita ao princípio da proporcionalidade na sua versão clássica, tal como desenhada pela jurisprudência alemã.

Em 2008, o *Conseil Constitutionnel* distinguiu de forma totalmente clara, pela primeira vez, os três segmentos da proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade e.s.e.) na decisão de 21 de fevereiro de 2008, sobre a detenção de segurança (*rétenção de sûreté*)³¹⁵. Porém, a intensidade do controle varia³¹⁶ e as análises mais recentes mostram um segmento da adequação praticamente irrelevante, um segmento da necessidade de alcance relativamente diminuto e um segmento da proporcionalidade e.s.e. usado algumas vezes como fundamento da declaração da inconstitucionalidade³¹⁷. A indicação geral é que o Conselho Constitucional exerce um controlo da proporcionalidade condicionado, diversificado e com modulações³¹⁸

³¹³ **Montalivet**, *Les objectifs...*, cit., p. 447; v., também, **Van Gerven**, «The Effect of Proportionality ...», p. 51.

³¹⁴ É elucidativa a leitura "oficiosa" que vem do interior do próprio Conseil constitutionnel, datada de 2008 (cfr. «5^{ème} Conférence des Chefs d'institution de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français», resposta a questionário, consultado em http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Bilan_2008/confV_accpuf_libreville_juillet2008.pdf): "Le triple test de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict n'est ni une technique inventée par le Conseil constitutionnel *ni une technique à laquelle il recourt de façon méthodique et généralisée*. On trouve *peu de cas*, contrairement à certaines cours suprêmes ou constitutionnelles étrangères, où les trois éléments du triple test soient exercés simultanément pour contrôler une limitation d'un droit ou d'une liberté. Généralement, un seul de ces éléments est retenu, parfois deux, rarement trois." (itálicos aditados).

³¹⁵ Nela, o CC afirma que as interferências no exercício das liberdades «doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi».

³¹⁶ V. a resposta ao questionário acima referida, acessível em http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Bilan_2008/confV_accpuf_libreville_juillet2008.pdf Também **Bousta**, «Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française...», cit. (sustentando que, apesar da uniformização terminológica, a especificidade do controlo "francês" da proporcionalidade se mantém).

³¹⁷ V., por todos, **Goesel-Le Bihan**, «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques?», acedido em http://institutvilley.com/IMG/pdf/Valerie_Goesel-Le_Bihan.pdf

³¹⁸ Assim, **Fraisie**, «Le Conseil Constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié, et modelé de la proportionnalité», cit.

2.2.2.1.2. O *bilan coût-avantages*

A situação é diferente no âmbito da atividade administrativa e respetivo controlo judicial. Alguns institutos clássicos do Direito Administrativo francês, como o erro manifesto ou a necessidade das medidas de polícia³¹⁹, desenvolvidos pretoriamente, sobretudo no âmbito do controlo da legalidade dos atos administrativos praticados no uso de poderes discricionários, são vistos por alguns autores como reflexos do princípio da proporcionalidade ou, pelo menos, de uma ideia de proporcionalidade implícita no ordenamento jurídico francês³²⁰.

É sobre este pano de fundo que se inscreve a técnica que mais frequentemente se compara e se assimila à proporcionalidade: a avaliação da relação entre custo e benefício (*bilan coût-avantages*), usada primitivamente pelo Conselho de Estado em situações de expropriação por utilidade pública e depois estendida para outras áreas, como a da proteção ambiental. A sua primeira aplicação parece ter ocorrido no *arrêt Ville Nouvelle Est* (1971), do Conselho de Estado, respeitante ao domínio material das expropriações. Entendeu-se, na ocasião, que a medida de expropriação em causa só poderia ser considerada de utilidade pública se a violação da propriedade privada, dos custos financeiros e das desvantagens de natureza social daí resultantes não fossem excessivos, tendo em conta os interesses prosseguidos. Em outro aresto, *Sté civ St. Marie de l'Assomption* (1972), a doutrina do *bilan* passou a incluir a ponderação de *interesses públicos* - juntamente com os privados, os financeiros e os socialmente relevantes - a que eventualmente se oponham os interesses públicos visados³²¹.

Nos termos da técnica do *bilan*, o juiz (sobretudo administrativo) faz uma análise comparativa entre os custos (por exemplo, oneração de direitos, nomeadamente de propriedade, custos da operação, eventuais inconvenientes de ordem social, afetação de outros interesses públicos, como o da proteção do ambiente) e os benefícios (vantagens) para os interesses públicos e privados em causa resultantes

³¹⁹ **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», p. 14.

³²⁰ **Xynopoulos**, «*Le controle de la proportionnalité...*», p. 14.

³²¹ **Van Gerven**, «The Effect of Proportionality ...», p. 50.

da medida. Um predomínio das desvantagens determina a anulação da medida. Não se parte de uma hierarquia abstrata pré-determinada, tudo é avaliado à luz das circunstâncias concretas. Não está em causa a mera tensão binária entre interesses públicos e interesses particulares. Aliás, numa situação extrema até podem estar em colisão apenas interesses públicos³²².

Trata-se, por conseguinte, de uma técnica de contrapeso de redes complexas de interesses públicos e particulares, que se contrapõem a outros interesses públicos e particulares³²³. Alguns consideram estes quadros mais realistas do que os quadros simplificados que colocam em confronto interesse público *versus* interesse particular. Num ambiente de vincado intervencionismo do Estado, a possibilidade de colisão com interesses particulares acentua-se, mas também a possibilidade de confronto entre interesses públicos se torna mais premente. Por isso, tem de se admitir que, com frequência, não há apenas que harmonizar interesses públicos e posições jurídicas subjetivas particulares, mas também interesses públicos concretamente colidentes.

A valoração e ponderação de todos esses aspetos - que vai além daquilo que maioritariamente se considera ser objeto de um juízo de proporcionalidade -, constitui uma relevante extensão do poder judicial³²⁴.

A técnica do *bilan coût avantages* é certamente uma resposta - no caso, especificamente francesa - ao desafio universal da rejeição do excesso³²⁵. É questionável se é uma simples figura afim da proporcionalidade, predominantemente vocacionada à garantia objetiva da *eficiência da atividade administrativa*, aferida por indicadores quantitativos e económicos³²⁶; ou se é um sucedâneo da proporcionalidade³²⁷, com uma incindível componente subjetivo-

³²² **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», pp. 33 ss.

³²³ **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», p. 29.

³²⁴ **Van Gerven**, «The Effect of Proportionality ...», p. 50.

³²⁵ **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», pp. 27 ss.

³²⁶ Orientação para que nos inclinamos desde «Proporcionalidade...», p. 682. No mesmo sentido, **Antunes**, *Interesse público...*, p. 549.

³²⁷ E, nesse caso, não cobrindo apenas o equivalente ao segmento da necessidade, ao invés do que entende, por exemplo, entre nós, **David Duarte**, *Procedimentalização...*, p. 322, desde logo porque não é possível comparar-se os custos e os benefícios de duas ou mais medidas alternativas sem antes se ter avaliado a sua adequação aos objetivos pretendidos e depois porque há um verdadeiro exercício ponderativo formalmente assimilável à proporcionalidade e.s.e.

garantística, adaptada a um ambiente jurídico mais atento à multiplicidade de interesses normalmente envolvidos numa decisão da autoridade³²⁸.

Uma apreciação objetiva da jurisprudência parece continuar a apontar no primeiro sentido³²⁹, embora uma evolução no segundo sentido não seja improvável. Aliás, esta eventual evolução caminharia justamente na direção que neste estudo se defenderá que deve ser o das figuras que se abrigam sob a proporcionalidade moderna, as quais devem ser libertadas do espartilho da tensão entre *um* interesse público e *um* interesse particular³³⁰. Essa eventual evolução, cujo grau de probabilidade não podemos avaliar aqui, diluiria o risco de o *bilan* ser um instrumento de controlo da atividade administrativa através do qual o juiz assume o papel de último decisor sobre a distribuição dos recursos públicos³³¹, julgando quais as decisões do administrador que são economicamente racionais e quais não são, tarefa que, em última análise, não pode deixar de caber a quem está primariamente sujeito ao escrutínio democrático.

2.2.2.2. Itália

Em *Itália*, o conceito de proporcionalidade (termo preferido a proibição do excesso, tal como em França) só recentemente começou a ser empregue pela doutrina³³², sendo reconduzido ao teste, mais antigo, da *ragionevolezza*³³³. O alcance deste

³²⁸ **Lemasurier**, «Vers un nouveau...», p. 79; **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», p. 36, fala em conciliação de "métodos de proteção da legalidade objetiva e métodos de proteção da legalidade subjetiva".

³²⁹ Neste sentido **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», p. 36.

³³⁰ Embora a aproximação não possa ser total, uma vez que se recusa a possibilidade de questões de direitos fundamentais poderem ser objeto de uma qualquer métrica de "custos" e "benefícios".

³³¹ Risco que até ao momento tem permanecido controlado, tendo em conta o reduzido índice de anulações de decisões administrativas realizadas sob a égide da técnica do *bilan* e a prolação de decisões anulatórias apenas em situações de balanço de desvantagens manifestamente negativo; cfr. **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», pp. 39-40.

³³² Cfr. **Ubertazzi**, *Le principe de proportionnalité...*, cit.; **Sandulli**, *La proporzionalità dell'azione amministrativa...*, cit.; **di Gregorio**, «L'identità strutturale tra il principio di ragionevolezza e il Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», cit.

³³³ V. uma recensão das várias teses sobre o tema em **Barile**, «Il principio di ragionevolezza...», pp. 25 ss. A bibliografia sobre a *ragionevolezza* é longa. Veja-se, entre muitos, **Lavagna**, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit.; **Sandulli**, «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale», cit.; **Jori**, «Razionalità e ragionevolezza del diritto», cit.; **Bin**, *Diritti e argomenti. II*

último é muito discutido, sobretudo porque, tendo sido concebido no contexto da teoria do princípio da igualdade, começou a ser transportado para outros domínios, cobrindo hoje em dia, inclusive, o teste da proibição do excesso.

2.2.2.3. Reino Unido

O princípio da proporcionalidade não era desconhecido antes da publicação do Human Rights Act de 1998 (HRA), pelo menos na doutrina³³⁴. Mas o teste geralmente reconhecido em casos que envolviam direitos fundamentais era um teste de *(un)reasonableness*, designado por *Wednesbury test* ou *Wednesbury unreasonableness*³³⁵. Alguns autores defendem que a proporcionalidade é uma manifestação desse teste, ou que chega a resultados similares³³⁶, mas outros

bilanciamento degli interessi..., cit.; *idem*, «Ragionevolezza e divisione dei poteri», cit.; **Vipiana**, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit.; **Tosi**, «Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza...», cit.; **AAVV**, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale...*, cit.; **Cerri**, «Ragionevolezza delle leggi», cit.; **Corasaniti**, *La ragionevolezza come parametro...*, cit.; **Moscarini**, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, cit.; **Paladin**, «Ragionevolezza (principio di)», cit.; **Luther**, «Ragionevolezza (delle leggi)», cit.; **Cheli**, «Eguaglianza, ragionevolezza e bilanciamento...», cit.; **D'Andrea**, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza*, cit.; **Cariglia**, «L'operatività del principio di ragionevolezza...», cit.; *idem*, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit. 2003; **Scaccia**, *Gli "strumenti" della ragionevolezza...*, cit.; *idem*, «Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza...», cit.; **Ruggeri**, «Ragionevolezza e valori...», cit.; **Morrone**, *Il custode della ragionevolezza*, cit.; *idem*, «Bilanciamento (giustizia costituzionale)», cit.; **La Torre/Spadaro** (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, cit.; **Pizzorusso**, «Ragionevolezza e razionalità nella creazione ...», cit.; **Viola**, «Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica», cit.; **D'Andrea**, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit.; **Maniaci** (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, cit.; **Cerri**, *La ragionevolezza nella ricerca scientifica...*, cit.; **Modugno**, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit.; **Cheli**, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, cit.; **La Torre**, «Sullo spirito mite delle leggi...», cit.; *idem*, «Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza (seconda parte)», cit.; **Pennicino**, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, cit.; **Troiano**, «Ragionevolezza», cit.; **Bindi**, «Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della corte costituzionale...», cit.; **Silvia Zorzetto**, «Reasonableness», cit.

³³⁴ **Jowell / Lester**, «Proportionality...», cit.; **Búrca**, «Wednesbury ...», cit.; **Himsworth**, «La proporcionalidad...», cit.; **Boyron**, «Proportionality in English Administrative Law...», cit.; **Wong**, «Towards the Nutcracker...», cit.; **Craig**, «Unreasonableness...», cit.; **Hoffmann**, «The Influence...», cit.; **Feldman**, «Proportionality...», cit.; **Green**, «Proportionality...», cit.; **Rivers**, «Grundrechtsprinzipien in England...», cit.

³³⁵ *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation*, 1948.

³³⁶ **Sullivan / Frase**, *Proportionality Principles...*, p. 37 (citando **Emiliou**, *The Principle...*); **M. Elliot**, «The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review», in *CJL* vol. 60 (2001), p. 301; **A. Kavanagh**, *Constitutional Review...*, p. 241. A associação entre *Wednesbury* e proporcionalidade seria viável, sobretudo, quando baseada numa versão robustecida do primeiro: **Brady**, *Proportionality...*, p. 9.

afastam essa assimilação³³⁷, em alguns casos sublinhando a propensão geneticamente deferencial para com a administração que *Wednesbury* transporta. O HRA induziu significativas alterações no panorama dos direitos fundamentais no Reino Unido³³⁸ e, mais latamente, na Constituição³³⁹. Os tribunais passaram a apreciar a conformidade das leis e dos atos das entidades públicas com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Os direitos fundamentais da Convenção têm um caráter distinto dos direitos de *common law*, designadamente direitos concretos, de aplicação limitada, como direitos contratuais, o direito à indemnização por responsabilidade civil, ou os direitos do consumidor, que os tribunais britânicos impunham habitualmente. A circunstância de aqueles vincularem o legislador e a administração, de terem formulações altamente abstratas e de não serem absolutos,

³³⁷ Cfr. **Clayton**, «Regaining a sense of proportion...», *cit.*; **Wong**, «Towards the Nutcracker...», pp. 94 ss.; **Craig**, «Proportionality...», pp. 267 ss.; **Brady**, *Proportionality...*, pp. 9 ss. (com argumentos insubsistentes, uma vez que parte da orientação incorreta de que a proporcionalidade é um *standard* externo à decisão do autor do ato, não sendo parte da decisão por ele produzida – decisão primária, na sua terminologia: *ob. cit.*, p. 12).

³³⁸ Sobre os desenvolvimentos mais recentes (incluindo o papel do Parlamento na defesa dos direitos), **David Kinley**, «Human Rights Scrutiny in Parliament: Westminster Set to Leap Ahead», in *Public Law Review*, vol. 10 (1999), pp. 252 ss.; **Keith Ewing**, «The Unbalanced Constitution» in Tom Campbell, Keith Ewing e Adam Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001; **David Feldman**, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2002; *idem*, «Parliamentary Scrutiny of Legislation and Human Rights», in *Public Law* (2002), pp. 323 ss.; *idem*, «The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process», in *Statute Law Review*, vol. 25 (2004), pp. 91 ss.; **Lester / Pannick** (eds.), *Human Rights Law and Practice*, 2.^a ed., LexisNexis, London, 2004; **Carolyn Evans / Simon Evans**, «Legislative Scrutiny Committees and Parliamentary Conceptions on Human Rights», in *Public Law*, (2006), pp. 785 ss.; **Bryan Horrigan**, «Improving Legislative Scrutiny of Proposed Laws to Enhance Basic Rights, Parliamentary Democracy, and the Quality of Law-Making» in Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy e Adrienne Stone (eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2006; **Francesca Klug**, *Report on the Working Practices of the JCHR, 2006*, consultado em <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/239/23907.htm>; **Jack Beatson / Stephen Grosz / Hickman / Stephanie Palmer / Rabinder Singh**, *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom*, Sweet & Maxwell, London, 2008; **Hickman**, «The Substance...», *cit.*; *idem*, *Public Law after the Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford, 2010; **Leigh Mateman**, *Making Rights Real: the Human Rights Act in its First Decade*, Hart Publishing, Oxford, 2008; **Michael Tolley**, «Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the Joint Committee on Human Rights», in *Australian Journal of Political Science*, vol. 44 (2009), pp. 41 ss.; **Aileen Kavanagh**, *Constitutional Review Under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; **Brady**, *Proportionality...*; **Rivers**, «Los principios de derecho fundamental en Inglaterra...», *cit.*; **Craig**, «Proportionality...», pp. 267 ss.

³³⁹ A HRA teve importantes repercussões inclusive a nível institucional. Nomeadamente, foi um dos motivos da criação de um *United Kingdom Supreme Court* pelo *Constitutional Reform Act* de 2005. Até 1 de Outubro de 2009, as funções de tribunal supremo do Reino Unido eram desempenhadas por dois órgãos judiciais: o *Appellate Committee of the House of Lords*, formalmente um Comité da Câmara dos Lordes, composto por *Lords of Appeal in Ordinary* ou *Law Lords*; e o *Judicial Committee of the Privy Council* (com uma jurisdição mais específica). V. o *Consultation Paper* do *Department for Constitutional Affairs*, «Constitutional reform: a Supreme Court for the United Kingdom», Julho de 2003.

na maioria dos casos, podendo, por isso, ser limitados, levou os tribunais britânicos a um esforço de reformatação da sua posição tradicional³⁴⁰. Nesse contexto, o recurso ao princípio da proporcionalidade – aplicado no âmbito da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – tornou-se incontornável e tem sido crescente, não obstante ser ainda incipiente³⁴¹ e valer num quadro em que os tribunais não têm o poder de anulação de normas legislativas em caso de violação do princípio (*weak form of judicial review*)³⁴².

Na ausência de uma decisão jurisprudencial sistematizadora (como *Oakes*, no Canadá que, aliás, influenciou a introdução do princípio no Reino Unido), nota-se alguma instabilidade e imprecisão conceptual. A jurisprudência mais recente, antes e depois do início de funções do Supremo Tribunal em 2009, tende a estabilizar-se em quatro segmentos (à semelhança do que sucede no Canadá e na Irlanda³⁴³): (i) *legitimate objective*; (ii) *rational connection*; (iii) *minimal impairment*; (iv) *overall balance*³⁴⁴.

³⁴⁰ **Brady, Proportionality...**, p. 3.

³⁴¹ **Hickman**, «The Substance...», pp. 701 ss.; **Brady, Proportionality...**, pp. 4, 14; **Martin / Horne**, «Proportionality...», p. 169. O princípio foi originalmente aceite como aplicável no direito britânico no caso *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* (2001), onde foi adotado o critério estabelecido pelo *Privy Council*, no caso *De Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries and Housing* (1999), baseado em três pilares: "Whether (i) the legislative objective is sufficiently important to justify limiting a fundamental right; (ii) the measures designed to meet the legislative objective are rationally connected to it; and (iii) the means used to impair the right or freedom are no more than is necessary to accomplish the objective."

³⁴² No contexto do HRA, os tribunais competentes podem: interpretar normas legislativas (primárias ou secundárias) de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (o que, segundo algumas leituras, lhes dá um poder significativo de quase alteração da lei, tornando-a menos restritiva para os direitos sacrificados: **Brady, Proportionality...**, p. 118), de acordo com a secção 3; ou, se a interpretação conforme à Convenção não for possível, declarar a sua incompatibilidade com a Convenção, de acordo com a secção 4. Nesta segunda situação, a *declaração de incompatibilidade* não anula a norma legislativa; tem apenas o significado de um convite ao legislador para a alterar. Enquanto (ou se) não for alterada, permanece em vigor e continua a ser vinculativa para as partes.

³⁴³ Sobre o Canadá, v. *supra*. Quanto à Irlanda, *Cox v. Ireland* (1992) é entendido como o primeiro caso do uso da proporcionalidade; em *Heaney v. Ireland* (1994), são enunciados os quatro segmentos, embora com distinção entre o primeiro e os três restantes, tal como no Canadá, desde *Oakes*. Cfr. **Foley**, «The Proportionality Test...», *cit.*, pp. 74 ss.

³⁴⁴ Na verdade, como se vê pelo trecho de *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* (2001), reproduzido numa das notas precedentes, em alguns casos iniciais apenas as três primeiras questões eram tratadas. No entanto, **Brady, Proportionality...**, pp. 7, 50 ss., nota que as quatro componentes têm vindo a adquirir regularidade, equivalendo as três últimas aos três segmentos da proporcionalidade que se encontram nas demais jurisdições europeias: v., por exemplo, *Huang v. Secretary of State for the Home Department* (2007); v., também, **Hickman**, «The Substance...», *cit.*, p. 711.

Dois

O DESENVOLVIMENTO NO ESPAÇO EUROPEU

1. A proibição do excesso em rede

Na comunidade constitucional europeia fala-se de união de constituições (*Verfassungsverbund*) ou de ordenamentos constitucionais, de constitucionalismo multinível ou dual, de rede de Constituições, de ordenamento constitucional em rede³⁴⁵. Não é possível estudar a proibição do excesso no espaço constitucional português sem atender ao que se passa nas ordens constitucionais ou quase-constitucionais com as quais se encontra em rede. Além de outros espaços nacionais, há dois ordenamentos ou quadros jurídicos particularmente relevantes que, aliás, se influenciam mutuamente: o da União Europeia e o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

São dois ordenamentos com naturezas distintas, certamente. Um corresponde a um processo de integração europeia, com transferência formal de soberania e exercício de competências próprias por um legislador supranacional. O outro resulta de um quadro convencional internacional (embora não se possa reduzir a uma simples manifestação do Direito Internacional clássico), cuja relevância e valor formal depende dos ordenamentos constitucionais internos dos Estados-parte.

³⁴⁵ As expressões multiplicam-se, mas visam sempre exprimir a impossibilidade de uma visão atomística, de "uma constituição só e isolada". Cfr., por todos, **Ingolf Pernice**, «Multilevel constitutionalism in the European Union», *Walter Hallstein -Institut*, paper 5/02, acedido em Maio de 2015 (www.whi-berlin.de/pernice-constitutionalism.htm); **Callies**, «Zum Denken im europäischen Staaten - und Verfassungsverbund- Abschliessende Reflexion und (Re-)Konstruktion eines Konzepts im Lichte der vorstehenden Beiträge», in Callies (ed.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten - und Verfassungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 200 ss.; **Armin von Bogdandy**, «Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses», in *Der Staat*, vol. 39 (2000), pp. 163 ss.

Todavia, são ambos relevantes. A relevância não resulta apenas de constituírem referências para a interpretação do princípio da proporcionalidade clássica ou da proibição do excesso no direito interno. O princípio da proporcionalidade que rege no âmbito da União Europeia e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem vincula (e, portanto, condiciona) o legislador nacional. Isso significa que, em certos domínios, este não deve respeito apenas ao que sobre aquele princípio decorre da Constituição, mas também ao que sobre ele decorre dos instrumentos normativos jusfundamentais e jusconstitucionais europeus aplicáveis, tal como interpretados e aplicados pelos Tribunais respetivos (TJUE, TEDH). Isso traduz um quadro que atinge hoje uma grande complexidade, que previsivelmente se acentuará³⁴⁶.

Esta dissertação ocupa-se essencialmente do princípio da proporcionalidade clássica ou da proibição do excesso tal como flui do direito constitucional interno, pelo que não nos poderemos embrenhar nessa complexidade. Deixaremos enunciados apenas os traços mais proeminentes daqueles dois quadros europeus.

³⁴⁶ Algumas das componentes mais salientes dessa complexidade são longamente debatidas por **Klatt**, *Die praktische Konkordanz...*, cit. e são graficamente ilustradas (pp. 8-9); v., também, o conjunto de reflexões coligidas no volume de **Ralf Thomas Baus/Michael Borchard/Katja Gelinsky/Günter Krings** (eds.), *60 Jahre Bundesverfassungsgericht – grenzüberschreitende herausforderungen für Karlsruhe*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012; quanto às relações entre os órgãos jurisdicionais, com especial foco no *BVerfG*, **Maribel Pascual**, *El Tribunal...*, pp. 97 ss.

2. A Comunidade/União Europeia

2.1. Da prática jurisprudencial aos Tratados

2.1.1. A prática jurisprudencial

2.1.1.1. Atos comunitários interferentes em direitos

O princípio da proporcionalidade^{347/348}, na sua vocação mais imediata de limite às interferências em posições jurídicas subjetivas, dá os primeiros passos nas

³⁴⁷ V. Schiller, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Europäischen Gemeinschaftsrecht ...», *cit.*; Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, *cit.*; Kutscher, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», *cit.*; Herdeggen, *The Relation between the Principles of Equality and Proportionality...*; Schwarze, *Europaisches Verwaltungsrecht...*, pp. 664 ss.; *idem*, «The principle of proportionality and the principle of impartiality in European administrative law», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (2003), pp. 53 ss.; *idem*, *Droit Administratif Européen*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 752 ss.; Pollak, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz...*, pp. 34 ss.; de Búrca «The Principle of Proportionality...», *cit.*; *idem*, «Proportionality and Subsidiarity as General Principles...»; Maria Luisa Duarte, *A liberdade...*, p. 302; Ende, *Der Individualrechtsschutz des Unionbürgers - Gleichheitssatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz...*, *cit.*; A. G. Chueca Sancho, «Los principios generales de derecho en el ordenamiento comunitario», in *RIE*, n.º 3 (1983), pp. 863 ss.; Schwab, *Der Europäische Gerichtshof und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz...*; Sobreira, *O Juiz Comunitário...*, *cit.*; Pache, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», *cit.*; Neto, *Algumas considerações sobre as funções do princípio da proporcionalidade no Direito Comunitário*, *cit.*; Kischel, «Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit...», *cit.*; Koch, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...*; Tridimas, «Proportionality in Community Law...», *cit.*; *idem*, *The General Principles of EU Law*, 2.^a ed., Oxford European Union Law Library, Oxford, 2007 (3.^a ed., 2015); Van Gerven, «The Effect of Proportionality...», *cit.*; Jacobs, «Recent Developments in the Principle of Proportionality...», *cit.*; Ueda, «Is the Principle of Proportionality the European Approach?..», *cit.*; Jans, «Proportionality Revisited», *cit.*; Ciciriello, *Il Principio di Proporzionalità...*, *cit.*; Arai-Takahashi, «Scrupulous but Dynamic...», *cit.*; Valérie Michel, *Recherches sur les compétences de la communauté européenne*, L'Harmattan, Paris, 2003, pp. 491 ss.; Maria do Rosário Vilhena, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 140 ss.; Margarida Salema d'Oliveira Martins, *O princípio da subsidiariedade...*, *cit.*; Xavier Groussot, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006, cap. IV; Andenas/ Ueda, «Balancing Free Trade...», *cit.*; Luis Miguel Hinojosa Martinez, *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus estados miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; Carlos Francisco Molina Del Pozo, «La Delimitación y el Ejercicio de las Competencias en la Unión Europea», in Jorge Miranda e outros (eds.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 85 ss.; Nogueira, *Direito Fiscal...*, pp. 147 ss.; Reich, «Verhältnismäßigkeit" als Mega-Prinzip" im Unionsrecht?..», *cit.*; *idem*, «How Proportionate is the Proportionality Principle?», *cit.*; Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 164 ss.; Harbo, «The Function of Proportionality...», *cit.*; Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 285 ss.; Trstenjak/ Beysen - «Das Prinzip der Verhältnismässigkeit in der Unionsrechtsordnung», *cit.*; Wolf Sauter, «Proportionality in EU law: a balancing act?», *acedido em Maio de 2015 em* <http://ssrn.com/abstract=2208467>.

³⁴⁸ No contexto europeu a designação proibição do excesso não é normalmente empregue, pelo que neste capítulo nos referiremos sempre a princípio da proporcionalidade.

Comunidades entre a década de 1950 e 1960. Numa decisão do Tribunal de Justiça de 1956 (acórdão *Fédechar v. High Authority*) detetam-se referências textuais a componentes que mais tarde integrariam o núcleo do princípio. Mas só em 1970, com o caso *Internationale Handelsgesellschaft*³⁴⁹, seria reconhecido como *princípio geral* limitador de atos jurídicos comunitários interferentes em direitos individuais³⁵⁰, virtualmente aplicável em todas as áreas do Direito comunitário. Em *Internationale Handelsgesellschaft* foi debatido pela primeira vez o fundamento do princípio, sobretudo por iniciativa do Advogado Geral, Dutheillet de Lamothe, que enunciou três alternativas: o direito alemão, disposições dos Tratados, ou a origem não escrita dos princípios gerais³⁵¹. Embora desde o início tenha sido seguida, no essencial, a matriz alemã³⁵², a primeira possibilidade foi desde logo afastada. Permaneceram em aberto as duas restantes. Quer o próprio Dutheillet de Lamothe, em *Internationale Handelsgesellschaft*, quer várias vozes na doutrina, apontaram algumas disposições das versões iniciais dos Tratados que forneceriam uma base textual³⁵³.

Todavia a solidez dessa base textual era reduzida e a completa dilucidação do fundamento do princípio acabou por não ser cabalmente esclarecida pelo Tribunal ou pela doutrina antes de o princípio ser formalmente recebido nos Tratados. Essa circunstância não perturbou a sua profusa aplicação e desenvolvimento jurisprudencial. Tal como na Alemanha, a inexistência (ou debilidade) de referências explícitas nos tratados era compensada pela ancoragem no princípio da Comunidade de direito³⁵⁴. Isso dissipou, inclusive, qualquer hesitação sobre a

³⁴⁹ De 17 de Dezembro de 1970. Sobre isso, **Schwarze, *Droit Administratif***..., pp. 753 ss.

³⁵⁰ V., por todos, **Pollak, *Verhältnismäßigkeitsprinzip***..., pp. 34 ss.; **Barnées, *Introducción***..., pp. 516 ss.; **Michel, *Recherches sur les compétences***..., pp. 492 ss.; **Schwarze, *Droit Administratif***..., p. 756, nota que foram apreciadas a necessidade e a proporcionalidade e.s.e.

³⁵¹ Pode ver-se a exposição em **Emiliou, *The Principle of Proportionality***..., pp. 135 ss.

³⁵² **Nogueira, *Direito Fiscal***..., p. 151. Sobre as razões da maior influência do direito alemão, v., em particular, **Emiliou, *The Principle of Proportionality***..., p. 129 (número significativo de casos provenientes da Alemanha, completude doutrinal, sofisticação do modelo substantivo e formal de proteção dos direitos).

³⁵³ Nesse sentido, **Kutscher**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», p. 91; **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 65.

³⁵⁴ **Emiliou, *The Principle of Proportionality***..., p. 138; **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 65; **Schwarze, *Droit Administratif***..., pp. 757 ss.

aplicabilidade na produção e controlo judicial dos atos legislativos das Comunidades³⁵⁵.

2.1.1.2. Atos das autoridades dos Estados membros

Quanto ao controlo dos *atos das autoridades dos Estados-Membros*, designadamente legislativos, interferentes em liberdades fundamentais garantidas pelo direito primário³⁵⁶, o acórdão charneira é *Cassis de Dijon*, de 1979³⁵⁷. Também aqui serviam *grosso modo* de modelo as referências da Alemanha e de outros Estados-Membros, embora com aparente circunscrição às fórmulas do fim legítimo, da adequação e da necessidade³⁵⁸.

2.1.2. Incorporação nos tratados

Paralelo ao desenvolvimento jurisprudencial (e talvez até relativamente desarticulado com ele), foi o processo de receção pelo direito primário, a começar pelo Tratado de Maastricht (1992). O artigo 3.º-B, especificamente incidente sobre os atos comunitários, faz uma referência geralmente entendida como a primeira alusão ao princípio da proporcionalidade: «A acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do (...) Tratado».

³⁵⁵ **Schwarze, *Droit Administratif*...**, p. 763; v. acórdão *Bela-Mühle* (1977).

³⁵⁶ Essas liberdades fundamentais são consideradas direitos subjetivos dos cidadãos: **Reich**, «How Proportionate is the Proportionality Principle?...», p. 11.

³⁵⁷ V. **Schwarze, *Droit Administratif*...**, pp. 818 ss.: estava em causa legislação alemã que, para defesa do consumidor, impunha que o teor alcoólico de licores fosse no mínimo 25º, o que impedia a importação por uma empresa alemã de licor *cassis de Dijon*, o qual só podia ter até 20º, por imposição da lei francesa. O Tribunal de Justiça entendeu que para a defesa do consumidor havia medidas alternativas menos restritivas (designadamente, a rotulagem com aviso sobre o teor alcoólico). Antes de *Cassis* refere-se também *Van Duyn* (1974): **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 69; **Arai-Takahashi**, «Scrupulous...», p. 29.

³⁵⁸ Por isso se notou em certo momento que o recurso ao princípio pelo Tribunal de Justiça da União Europeia não era pleno, uma vez que não era aplicada a máxima da proporcionalidade e.s.e.: v. entre nós **Sérvulo Correia, *Legalidade*...**, p. 496. Diferente, **Barnées**, «Introducción...», pp. 516 e 526 ss.

Um protocolo adicional ao Tratado de Amsterdão (1997) consagrou expressamente o princípio³⁵⁹.

O processo de receção teve o seu mais recente episódio com o Tratado de Lisboa, cujo artigo 5.º, n.º 4, estatui que "(e)m virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados. As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade"³⁶⁰.

A par destas consagrações com vocação geral, sempre foram apontadas algumas consagrações pontuais³⁶¹, embora com expressividade e plausibilidade contestável.

Por outro lado, com a proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, posteriormente anexada ao Tratado de Lisboa, passou a haver uma referência precisa ao princípio da proporcionalidade como instrumento mediador de harmonização em situações de colisão que envolvam direitos e liberdades reconhecidos na Carta.

2.2. Princípio da proporcionalidade e princípio da subsidiariedade

Os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade aparecem frequentemente associados - às vezes quase confundidos - no Direito que regula a ação do legislador europeu. São, todavia, diferentes³⁶². O primeiro rege a questão da distribuição de competências entre os níveis comunitário e nacional, o segundo, verificada a

³⁵⁹ Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Sobre isso, v., por exemplo, **Constantinesco**, «Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité» in *RTDE*, número especial (1997), pp. 752 ss.

³⁶⁰ V. Protocolo n.º 2. A origem mais remota das linhas diretoras deste protocolo e de outros que o antecederam são as conclusões do Conselho Europeu de Edimburgo (Dezembro 1992).

³⁶¹ V. **Ciciriello**, *Il Principio di Proporzionalità...*, p. 159; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 157 (partindo do princípio de que sempre que são empregues os vocábulos *necessária(s)*, *necessidade* ou outros equivalentes, isso é indiciador de consagração da proporcionalidade, o que é discutível, como veremos até a propósito do artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

³⁶² V., por todos, na doutrina nacional, **Margarida Salema d'Oliveira Martins**, *O princípio...*, cit., esp. pp. 188 ss.; **Rute Gil Saraiva**, *Sobre o Princípio da Subsidiariedade (Génese, evolução, interpretação e aplicação)*, AAFDL, Lisboa, 2001.

titularidade comunitária da competência, calibra a extensão e intensidade do seu exercício³⁶³. A averiguação da subsidiariedade precede a apreciação da proporcionalidade³⁶⁴.

2.3. Os domínios de aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito europeu

Da articulação entre a prática jurisprudencial e as normas dos Tratados resulta que são dois os domínios de aplicação do princípio da proporcionalidade no figurino europeu: (i) atos das instituições da União; (ii) atos das autoridades dos Estados-membros. Em nenhum desses domínios pode afirmar-se que o princípio tenha apenas a função unilateral de proteção da autonomia ou das competências estatais³⁶⁵. Mesmo quando funciona como norma de ação e de controlo dos atos das instituições da União, o princípio da proporcionalidade continua a mostrar-se mais apropriado para proteger posições jurídicas subjetivas individuais do que a soberania legislativa dos Estados-membros³⁶⁶.

2.3.1. Atos das instituições da União

O Tratado de Maastricht, os Tratados subsequentes e, finalmente, o artigo 5.º, n.º 4, do Tratado de Lisboa, consolidaram e enriqueceram a aplicação do princípio da

³⁶³ De um modo geral, parece poder afirmar-se que o princípio da proporcionalidade desempenha um papel mais relevante como modulador do exercício das competências do que o princípio da subsidiariedade: assim, **Martinez, *El reparto de competencias* ...**, p. 144; **Vilhena, *O Princípio da Subsidiariedade*...**, p. 149 (salientando, todavia, a inter-relação entre os dois princípios e defendendo que a violação do princípio da subsidiariedade implica *ipso facto* a violação da proporcionalidade).

³⁶⁴ **K. Lenaerts / P. van Ypersele**, «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3 B du Traité CE», in *Cahiers de Droit Européen*, vol. 30 (1994), § 100; **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 81.

³⁶⁵ Ao invés do que parecem defender **Sobreira, *O Juiz Comunitário*...**, pp. 23, 28, *passim*, e **Vilhena, *O Princípio da Subsidiariedade*...**, p. 152.

³⁶⁶ Em sentido confluyente, **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 84.

proporcionalidade aos atos das instituições da União³⁶⁷, particularmente aos atos do legislador. O princípio deve ser observado por *todos* os atos legislativos, sejam emitidos ao abrigo de competências concorrentes ou no âmbito de competências exclusivas³⁶⁸. A circunstância de o dispositivo convencional não limitar a aplicação do princípio a atos que interfiram nas liberdades fundamentais, induz a que desempenhe uma função de regulação das relações verticais de competências entre as instituições da União e os Estados-membros³⁶⁹. Por outro lado, estão sujeitos ao princípio não apenas o conteúdo mas também a *forma* de que se reveste a ação comunitária. Por isso, se o fim puder ser atingido através de uma diretiva não deve ser adotada a forma de regulamento, se for juridicamente viável³⁷⁰.

Desse modo, configuram-se duas situações de colisão abrangidas: a colisão entre os fins da União e direitos e interesses dos particulares; a colisão entre fins a cargo da União e fins nacionais legitimamente prosseguidos pelos Estados-membros³⁷¹.

A regulação da primeira classe de colisões é complementada pelo artigo 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, anexa ao Tratado de Lisboa, na medida em que estatui que “qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da

³⁶⁷ **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 80. Diferentemente, **Nogueira, Direito Fiscal...**, p. 156, expressa o receio de que as formulações convencionais constituam um retrocesso em relação ao desenvolvimento jurisprudencial anterior.

³⁶⁸ **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 81; **Sobreira, O Juiz Comunitário...**, p. 25; **Vilhena, O Princípio da Subsidiariedade...**, p. 149; **Martinez, El reparto de competencias...**, p. 143; **Ana Maria Guerra Martins, Manual...**, p. 287.

³⁶⁹ **Michel, Recherches sur les compétences...**, pp. 492, 498. Trata-se de uma nova função vertical, que acresce a outra previamente existente respeitante à obrigação de os Estados membros respeitarem o princípio no exercício das suas competências ou da execução dos regulamentos comunitários; **Sullivan / Frase, Proportionality Principles...**, p. 35, partindo da aplicação no contexto da União Europeia, assinalam a importância do princípio em ambientes de distribuição de competências por diferentes níveis de governo, como modo de proteção da esfera de ação de cada um dos níveis.

³⁷⁰ **V. Jans**, «Proportionality Revisited», pp. 242-243; **Michel, Recherches sur les compétences...**, p. 501; **Sobreira, O Juiz Comunitário...**, p. 27. Apesar de o n.º 6 do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade anexo ao Tratado de Amsterdão não ter transitado para o correspondente protocolo anexo ao Tratado de Lisboa, a posição do texto tem suficiente arrimo no artigo 296.º do TFUE: "(...)quando os Tratados não determinem o tipo de acto a adoptar, as instituições escolhê-lo-ão caso a caso, no respeito dos processos aplicáveis e do princípio da proporcionalidade."

³⁷¹ **Ana Maria Guerra Martins, Manual...**, p. 286, alude àquilo que seria uma terceira categoria: a colisão entre os diferentes fins legítimos (objetivos dos Tratados) que a União deve prosseguir.

proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”³⁷². Mesmo que se admita que o princípio da proporcionalidade adquiriu uma tonalidade própria nos demais domínios de aplicação, nada justifica que nesta vertente, especificamente direccionada à garantia de direitos e liberdades, ele não assuma uma configuração semelhante àquela que tem na maioria das ordens jurídicas nacionais.

Como veremos no momento próprio, no direito interno discute-se qual o âmbito de aplicação da proibição do excesso ou proporcionalidade clássica. Uma das concepções defendidas admite que o princípio possa ser aplicado nas questões da organização do Estado (*Staatsorganisationsrechts*). Isso é controvertido (e em alguns casos negado, como já sucedeu com o *BVerfG*)³⁷³. No contexto do Direito europeu é aceite. O princípio da proporcionalidade funciona hoje também como garantia - complementando o princípio da subsidiariedade - dos interesses dos Estados face ao legislador comunitário³⁷⁴. No exercício do poder legislativo, as instituições devem considerar também os interesses nacionais para definir a justa medida das suas intervenções³⁷⁵.

O quadro constitucional europeu força o legislador comunitário a tornar *transparente* a operação de aplicação do princípio no curso do procedimento legislativo. O artigo 5.º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, anexo ao Tratado de Lisboa, obriga³⁷⁶ à fundamentação dos projetos de atos legislativos relativamente aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, bem como a inclusão de uma ficha com elementos circunstanciados que permitam apreciar a observância desses princípios e as implicações para a regulamentação a aplicar pelos Estados-Membros. Qualquer

³⁷² V., por todos, **Martin Borowski**, «Limiting clauses: on the continental European tradition of special limiting clauses and the general limiting clause of artigo 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union», in *Legisprudence*, Vol. 1, n.º 2 (2007), pp. 199 ss.

³⁷³ *Infra*, capítulo 12.

³⁷⁴ Conforme o artigo 5.º, n.º 1, do Tratado de Lisboa, "o exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade".

³⁷⁵ **Michel**, *Recherches sur les compétences...*, p. 500.

³⁷⁶ Trata-se de uma obrigação e não de uma mera faculdade, como parece entender **Del Pozo**, «La Delimitación y el Ejercicio...», p. 105.

encargo, de natureza financeira ou administrativa, que incumba à União, aos governos nacionais, às autoridades regionais ou locais, aos agentes económicos e aos cidadãos, deve ser o menos elevado possível e deve ser proporcional ao objetivo a atingir.

Deste quadro normativo decorre um apreciável progresso em relação ao que sucede com a generalidade dos legisladores nacionais sujeitos ao princípio da proporcionalidade em sentido moderno. Os processos legislativos nacionais, designadamente o português, não atribuem ao princípio qualquer relevo específico, nem dão visibilidade à sua metódica aplicativa. O raciocínio prático desenvolvido pelo legislador tem de se moldar à proporcionalidade, mas o *iter* que aquele segue não é formalizado. Por isso, as tentativas de reconstrução desse raciocínio correm sempre o risco de ser pouco mais do que conjecturais. No caso europeu, deu-se um passo significativo. Todo o raciocínio em torno do cumprimento do princípio deve ser transparente e suscetível de escrutínio³⁷⁷.

2.3.2. Atos dos Estados-membros

A propósito da incidência do princípio da proporcionalidade sobre os atos do legislador dos Estados-membros, poderia duvidar-se da mais valia do dispositivo do artigo 5.º, n.º 4, do TUE, uma vez que não os abrange³⁷⁸. Todavia, artigo 5.º, n.º 4, não prejudica outras aplicações do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito da União³⁷⁹. Quanto a esse vetor continua a valer a orientação jurisprudencialmente traçada, sem qualquer restrição. Outra coisa constituiria um inexplicável retrocesso.

Ao longo de várias décadas, a mais significativa produção jurisprudencial sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade versou casos em que atos internos de autoridades dos Estados-membros, particularmente atos legislativos e

³⁷⁷ Para o reforço da transparência pode também contribuir o relatório que a Comissão apresenta anualmente sobre a aplicação do artigo 5.º do Tratado da União Europeia, conforme estatuído no artigo 9.º do Protocolo citado.

³⁷⁸ Nogueira, *Direito Fiscal...*, p. 155.

³⁷⁹ Assim, Martinez, *El reparto de competencias...*, p. 140; Michel, *Recherches sur les compétences...*, p. 494.

administrativos, afetavam, em nome de interesses gerais admitidos pelo direito comunitário, direitos ou liberdades individuais inerentes ao mercado interno. Estavam em causa, designadamente, a organização dos mercados agrícolas³⁸⁰, a livre circulação de mercadorias³⁸¹, o comércio externo³⁸², a livre circulação de pessoas³⁸³, a liberdade de serviços e de estabelecimento³⁸⁴ ou a concorrência³⁸⁵. Ora, em todos esse domínios paira uma ambiguidade: todos eles envolvem liberdades fundamentais de indivíduos e empresas, mas constituem também pilares da integração europeia, designadamente da construção do mercado interno. Por isso, a proporcionalidade funciona simultaneamente como instrumento de proteção daquelas liberdades (e, incidentalmente, também de outros direitos³⁸⁶) e como garantidora de princípios objetivos estruturantes da União, perante atuações do legislador nacional. A distinção entre estas magnitudes é, por norma, difícil ou artificial, pelo que, não raras vezes, aparecem confundidas³⁸⁷.

³⁸⁰ **Schwarze, *Droit Administratif*...**, pp. 772 ss.

³⁸¹ **Schwarze, *Droit Administratif*...**, pp. 818 ss.

³⁸² **Schwarze, *Droit Administratif*...**, pp. 852 ss.

³⁸³ **Schwarze, *Droit Administratif*...**, pp. 860 ss.

³⁸⁴ **Schwarze, *Droit Administratif*...**, pp. 872 ss.

³⁸⁵ **Schwarze, *Droit Administratif*...**, pp. 879 ss.

³⁸⁶ A partir do momento em que a ordem constitucional da União reconhece outros direitos, seja por via da incorporação jurisprudencial dos direitos reconhecidos pelas ordens constitucionais dos Estados membros, da adoção (e posterior anexação ao tratado de Lisboa) da Carta dos direitos fundamentais, ou da referência à CEDH, a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo TJUE não se limita à proteção das liberdades fundamentais, mas também daqueles outros direitos. **Jans**, «Proportionality Revisited», p. 246, aludindo ao caso *Familiapress* (1997), nota que "because the freedom of expression was also an issue in *Familiapress*, the justification also had to be interpreted in the light of the ECHR (see para. 24). The existence of the ECHR provides the Court with an additional normative legal framework, as a result of which more intense scrutiny of the national legislation becomes less of a problem".

³⁸⁷ **Jans**, «Proportionality Revisited», p. 243; **Sobreira, *O Juiz Comunitário*...**, p. 24. Uma vez enfatiza-se a dimensão subjetiva outras a dimensão institucional. Neste último caso, v. **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 66; **Ana Maria Guerra Martins, *Manual*...**, p. 285.

2.4. Um ou vários princípios da proporcionalidade?

A refração do princípio da proporcionalidade em cada um destes domínios suscita a questão de saber se não haverá vários "princípios da proporcionalidade" no contexto europeu. A tendência parece ser para adaptar o princípio - isto é, o respetivo conteúdo, estrutura e metódica -, bem como a amplitude de controlo judicial, à diversidade das circunstâncias e dos domínios materiais, embora sem contornos precisos e estáveis³⁸⁸. Eventualmente poderá falar-se de alguma autonomia em domínios como a política agrícola comum, o ambiente ou a fiscalidade direta³⁸⁹. Persiste porém uma apreciável obscuridade terminológica³⁹⁰ e muitas vezes é difícil reconstruir a *ratio* por detrás de uma declaração de violação ou de não violação. É patente que a fase de maturação jurisprudencial e doutrinal ainda não se concluiu. Compreende-se, por isso, a falta de consenso sobre questões que vão desde a realidade ontológica - por exemplo, saber se o princípio da proporcionalidade do Direito Europeu colheu inspiração na matriz alemã e se já adquiriu identidade própria, ou não³⁹¹ -, até à exposição da(s) sua(s) estrutura(s), da(s) metódica(s), do(s) sentido(s) normativo(s) e da(s) intensidade(s) de controlo judicial.

Do ponto de vista estrutural, as indicações que fluem da jurisprudência do Tribunal são sumariamente as seguintes: o fim legítimo não é considerado parte integral do teste de proporcionalidade, sendo aliás avaliado no âmbito da apreciação da base legal³⁹²; há referências habituais à *adequação* (por vezes com sentidos que nada têm a ver com a proporcionalidade, como quando aparece integrado no teste da base legal³⁹³) e/ou à *necessidade*, uma vez de forma articulada, outras não; é frequente a referência a proporcionalidade, menos frequente o uso de princípio da

³⁸⁸ V. **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», pp. 69, 76; **Van Gerven**, «The Effect of Proportionality...», p. 60; **Jans**, «Proportionality Revisited», p. 263; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 163; **Ana Maria Guerra Martins**, *Manual...*, p. 286; **Harbo**, «The Function of Proportionality...», p. 173.

³⁸⁹ **Ueda**, «Is the Principle...», p. 590; **Búrca**, «Proportionality...», p. 97; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, pp. 331 ss.

³⁹⁰ **Schwarze**, *Droit Administratif...*, p. 899.

³⁹¹ Sobre esse debate, **Schwarze**, *Droit Administratif...*, p. 900, com mais referências.

³⁹² **Šušnjar**, *Proportionality...*, pp. 168, 235.

³⁹³ **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 168.

proporcionalidade; a adequação e a necessidade, isolada ou conjuntamente, são algumas vezes associadas a estes dois últimos conceitos, outras não³⁹⁴.

Compreende-se, pois, a dificuldade doutrinal em construir uma imagem coerente dessa jurisprudência, que pode chegar ao extremo de invocar o princípio da proporcionalidade sem o aplicar efetivamente³⁹⁵. A irregularidade da aplicação dos três segmentos clássicos suscita diferentes formas de descrever a tendência geral (havendo, todavia, óbvias sobreposições entre algumas delas): (i) o Tribunal de Justiça apenas aplica dois, a adequação e a necessidade, ignorando a proporcionalidade e.s.e.³⁹⁶ (ii) o Tribunal de Justiça apenas aplica dois, a adequação e a necessidade, mas nesta incluem-se, sem explicação, considerações que pertencem à proporcionalidade e.s.e.³⁹⁷; (iii) o Tribunal apenas considera explicitamente aqueles dois segmentos, mas aplica implicitamente o da proporcionalidade e.s.e., (eventualmente sob a capa da necessidade)³⁹⁸; (iv) o Tribunal apenas aplica dois segmentos, a adequação e a necessidade, reconduzindo-se esta quase sempre a uma operação de ponderação de interesses³⁹⁹; (v) umas vezes o Tribunal aplica apenas a adequação e a necessidade, outras também a proporcionalidade e.s.e., implícita ou explicitamente⁴⁰⁰; (vi) O Tribunal aplica a

³⁹⁴ Esta oscilação conceptual e estrutural é profusamente documentada por **Nogueira, *Direito Fiscal*...**, pp. 290 ss.

³⁹⁵ **Harbo**, «The Function of Proportionality...», pp. 170, 181.

³⁹⁶ **Koch, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*...**, pp. 158-159; **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», pp. 12-13 (não é seguro, porém, que os autores não deem por implícita a aplicação da proporcionalidade e.s.e.).

³⁹⁷ **Ana Maria Guerra Martins, *Manual*...**, p. 287: o teste da necessidade "impõe a ponderação do peso dos diferentes interesses em conflito"; crítico, **Šušnjar, *Proportionality*...**, p. 174.

³⁹⁸ **Michel, *Recherches sur les compétences*...**, p. 495, nota; parece ser também a posição de **Schwarze, *Droit Administratif*...**, pp. 901 ss. Como assinalam **Andenas/ Ueda**, «Balancing Free Trade...», *cit.*, o alinhamento do significado da necessidade com a proporcionalidade e.s.e. é habitual nos tribunais britânicos.

³⁹⁹ **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 68 ("a característica essencial do princípio é que o Tribunal desenvolve um exercício de ponderação entre os objetivos prosseguidos pela medida em causa e os seus efeitos adversos na liberdade individual"). Todavia, a alegada desvitalização do controlo do meio menos drástico não é confirmada pela exposição subsequente do autor.

⁴⁰⁰ **Van Gerven**, «The Effect of Proportionality ...», p. 37 (notando que quando aplica apenas dois segmentos o Tribunal não indica claramente quais são); **Nogueira, *Direito Fiscal*...**, pp. 300, 316 ss. (focando especificamente o controlo das normas internas de fiscalidade direta); **Andenas/Ueda**, «Balancing Free Trade...», *cit.* Em qualquer caso, admite-se que são raros os casos em que se chega (ou se pode chegar) à apreciação da proporcionalidade e.s.e., desde logo porque a intensidade de apreciação dos segmentos da adequação e da necessidade tem um efeito de filtragem muito eficaz. Casos indicados pela doutrina (embora não consensualmente) onde houve terá havido apreciação de

adequação, a necessidade e a proporcionalidade e.s.e., mas não uniformemente, falhando por vezes uma ou as duas últimas⁴⁰¹; (vii) a jurisprudência comunitária estrutura o princípio da proporcionalidade de acordo com aqueles três segmentos tradicionais⁴⁰². Há ainda quem encontre a aplicação de uma metódica de ponderação que atende conjugadamente a *todos os intereses*, públicos e particulares, numa perspetiva semelhante à análise do *bilan coût-avantages* de origem francesa⁴⁰³.

Quando ao conteúdo ou sentido normativo de cada um dos segmentos⁴⁰⁴, as reconstruções doutrinárias também são desencontradas.

Por um lado, notam-se alguns traços que podem ser distintivos em relação aos contornos da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso nos direitos internos. Por exemplo, há fontes jurisprudenciais que indicam que o segmento da adequação implica que o meio escolhido pelo legislador nacional seja *efetivamente capaz* de implementar o objetivo traçado⁴⁰⁵. Ora, como veremos⁴⁰⁶, este grau de exigência excede aquele que é vulgarmente aplicado em Portugal e noutras ordens constitucionais.

Por outro lado, há aspetos da necessidade que aumentam inevitavelmente a carga cognitiva a que está sujeito o legislador nacional, como é o caso de ter de conhecer e considerar alternativas existentes no quadro do direito interno e também no quadro mais global dos vários ordenamentos nacionais da União⁴⁰⁷.

três segmentos, incluindo a apreciação da proporcionalidade e.s.e.: *Fedesa* (1990), *Stoke-on-Trent* (1992), *Pfizer* (2002).

⁴⁰¹ **Šušnjar**, *Proportionality...*, pp. 168 ss. Note-se que o autor sustenta que o princípio da proporcionalidade e.s.e. é aplicado pelo Tribunal em duas versões alternativas: uma que implica o contrapeso entre o fim prosseguido e a severidade da interferência; outra que visa apenas garantir o respeito pelo núcleo essencial, ou substância, ou nível mínimo, do direito.

⁴⁰² **Schiller**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Europäischen Gemeinschaftsrecht ...», p. 929; **Jans**, «Proportionality Revisited», pp. 240, 257, embora com cautelas (assinalando, nomeadamente, que nem sempre o Tribunal os aplica como tal e que, por vezes, se esquece de os aplicar a todos); **Vilhena**, *O Princípio da Subsidiariedade...*, p. 145; **Martinez**, *El reparto de competencias...*, p. 141.

⁴⁰³ Assim, **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», p. 13.

⁴⁰⁴ Em relação à sua configuração jurisprudencial veja-se **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, pp. 301 ss.

⁴⁰⁵ Assinalando este sentido "bastante rigoroso", de "intensidade máxima de exame", **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 302. **Jans**, «Proportionality Revisited», p. 243, nota que a medida não tem de ser *indispensável* mas não pode ser apenas *útil* para atingir o fim.

⁴⁰⁶ *Infra*, capítulo 15.

⁴⁰⁷ Cfr., porém, **Jans**, «Proportionality Revisited», p. 247, sustentando que a existência de medidas menos restritivas em outros Estados membros não leva inevitavelmente à violação do segmento da necessidade.

Mas há quem desvalorize essas indicações e detete simplesmente níveis de exigência semelhantes aos da jurisprudência alemã, quer ao nível da adequação, quer ao nível da necessidade e da proporcionalidade e.s.e., sejam aplicadas *qua tale*, sejam compactadas sob a designação de necessidade⁴⁰⁸. Pode concluir-se que a tentativa de delinear com rigor o grau de exigência é em boa medida especulativa, à falta de um padrão consolidado⁴⁰⁹.

2.5. A intensidade de controlo

O Tribunal pratica auto restrição e mostra-se aberto ao reconhecimento de uma ampla margem de apreciação das instituições⁴¹⁰, quer quando aprecia a adequação (sendo, aliás, raros os casos de verificação da inadequação de uma medida⁴¹¹), quer quando aprecia a necessidade. A matriz clássica da proporcionalidade proveniente do direito alemão é condimentada com contributos típicos de outras tradições europeias, como a do erro manifesto (*erreur manifeste d'appréciation*) ou o desvio de poder⁴¹².

Em princípio, o Tribunal aplica maior rigor face aos legisladores nacionais do que face às instituições da União⁴¹³. O Tribunal não limitou tão notoriamente o seu controlo como no caso dos atos das instituições⁴¹⁴. Isso não implica, todavia, que negue a existência de uma certa margem de manobra dos Estados ou que não deixe aos tribunais de reenvio – quando seja o caso – o apuramento dos factos ou o

⁴⁰⁸ Assim, **Michel**, *Recherches sur les compétences...*, p. 495, negando que a adequação tenha uma configuração mais exigente do que a aplicável, designadamente, na Alemanha.

⁴⁰⁹ V., por exemplo, o exercício especulativo de **Jans**, «Proportionality Revisited», pp. 263-264.

⁴¹⁰ **Schwarze**, *Droit Administratif...*, pp. 902 ss.; **Michel**, *Recherches sur les compétences...*, p. 496.

⁴¹¹ **Schwarze**, *Droit Administratif...*, p. 903.

⁴¹² Aludindo a persistentes manifestações da receção destes critérios, **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 84, *passim*.

⁴¹³ **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», p. 66; *idem*, *The General Principles...*, pp. 142, 209; **Michel**, *Recherches sur les compétences...*, p. 498; **Ana Maria Guerra Martins**, *Manual...*, p. 296; em sentido diverso, **Harbo**, «The Function of Proportionality...», p. 173.

⁴¹⁴ **Michel**, *Recherches sur les compétences...*, p. 497.

julgamento final da questão da proporcionalidade⁴¹⁵. A intensidade de controlo mais pronunciada prende-se com as particularidades associadas às intervenções nacionais, praticadas ao abrigo de competências reconhecidas aos Estados para derrogar princípios dos tratados, com vista a proteger interesses legítimos pré-definidos. Embora o Tribunal admita que os Estados podem escolher o nível e a modalidade de proteção apropriados desses interesses, as medidas têm de ser estritamente proporcionadas a esse fim⁴¹⁶.

Numa perspetiva de divisão de poder entre legislador e jurisdição, as orientações prevaletentes sobre a intensidade de controlo da proporcionalidade implicam que a transferência de poder do legislador nacional para a jurisdição europeia é mais vinculada do que a transferência de poder do legislador europeu para a jurisdição europeia.

2.6. A articulação entre o princípio da proporcionalidade de direito europeu e o princípio da proibição do excesso de direito interno

A inflexibilidade e a instabilidade da estrutura, conteúdo, metódica e intensidade de controlo judicial que caracterizam o princípio da proporcionalidade no direito europeu repercute-se negativamente na aproximação a um problema que tem o maior interesse para o presente trabalho: a coordenação entre ele e o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica, tal como decorre do direito constitucional interno.

Quando produz normas legislativas que superam colisões entre interesses públicos nacionais e bens, interesses ou valores tutelados por normas constitucionais internas e/ou comunitárias, frequentemente coincidentes com interesses da União, o legislador interno está vinculado ao princípio da proporcionalidade do direito europeu e ao princípio da proibição do excesso do direito interno. A articulação entre os dois pode atingir graus de complexidade elevados se no final do processo

⁴¹⁵ Sobre isto, **Tridimas**, «Proportionality in Community Law...», pp. 77 ss. (aplaudindo a devolução de alguns poderes aos tribunais nacionais, mas sublinhando alguns riscos); **Jans**, «Proportionality Revisited», p. 247.

⁴¹⁶ Assim, v., por todos, **Michel**, *Recherches sur les compétences...*, p. 498.

de maturação de cada um deles - processo mais atrasado no contexto europeu - se verificar que têm estrutura, metódica, conteúdo e sindicabilidade discrepantes. Essa complexidade não é atenuada pela circunstância de se tratar de ordenamentos multi-nivelados, antes pelo contrário.

A tese que defenderemos ao longo desta dissertação é que o grau de exigência do princípio da proibição do excesso na sua configuração interna não é inferior ao da proporcionalidade do Direito europeu. Isso diminui o risco de o legislador nacional, se se guiar pelos parâmetros tradicionais internos, entrar em incumprimento no âmbito europeu.

Relevante é também o conjunto de exigências formais, procedimentais e de fundamentação a que o legislador comunitário passou a estar sujeito no que concerne à demonstração da proporcionalidade das suas iniciativas e dos subsequentes atos normativos. Não é implausível que isso se venha a traduzir num acréscimo de exigências formais a serem respeitadas pelo legislador nacional no procedimento legislativo⁴¹⁷.

3. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem

3.1. A origem pretoriana

A CEDH entrou em vigor em 1953. O princípio convencional da proporcionalidade⁴¹⁸ emergiu pela primeira vez na jurisprudência europeia dos

⁴¹⁷ Não é improvável que o desenvolvimento ao nível europeu tenha repercussões ao nível nacional. Por um lado, pode ocorrer um efeito de mimetismo: o legislador nacional tende a replicar boas práticas europeias. Por outro lado, é plausível que a seguir às competências dos parlamentos nacionais de controlo da observância do princípio da subsidiariedade venham competências de controlo da observância do princípio da proporcionalidade. Esse cenário teria a inevitável consequência de mais profunda interiorização do princípio da proporcionalidade na prática parlamentar.

⁴¹⁸ Utilizaremos esta expressão - princípio convencional da proporcionalidade- quando aludirmos ao princípio da proibição do excesso tal como deduzido da CEDH pelo TEDH e pela doutrina. Sobre o princípio convencional da proporcionalidade, v. **Salvia**, «La notion de proportionnalité...», *cit.*; **Eissen**, «Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme», *cit.*; *idem*, «The principle of proportionality in the case-law of the European Court of Human Rights», *cit.*; **Ermacora**, «Le principe de proportionnalité en droit autrichien et dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme», *cit.*; **Fassbender**, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos», *cit.*; **Lambert**, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», *cit.*; **J. McBride**, «Proportionality

direitos do homem em 1960, no contexto do relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem no caso *De Becker c. La Belgique*, onde se mencionou a exigência de estrita proporcionalidade⁴¹⁹. Do lado do Tribunal, avulta o caso linguístico belga, de 1968⁴²⁰. Também marcante foi a aplicação pelo Tribunal no caso *Handyside* (1976)⁴²¹, um caso de liberdade de expressão.

No texto da CEDH não há qualquer alusão à proporcionalidade. A sua aplicação assenta em expressões convencionais como: (i) "*necessária*" numa sociedade democrática (artigos 8.^o⁴²² a 11.^o, sobre direitos ao respeito pela vida privada e familiar, domicílio e correspondência, liberdade de pensamento, consciência, religião, expressão, reunião e associação, bem como artigos 1.^o do Protocolo 1 e 2.^o do Protocolo 4); (ii) *estrita medida*⁴²³ (artigo 15.^o, 1); (iii) *absoluta necessidade*⁴²⁴; e (iv) *estrita necessidade* (artigos 2.^o, n.^o 2 e 6.^o, n.^o 1)⁴²⁵.

and the European Convention on Human Rights», *cit.*; **Galleta**, «Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea...», *cit.*; **Arai-Takahashi**, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, *cit.*; **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, *cit.*; **Cremona**, «The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights...», *cit.*; **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, *cit.*; **Rivers**, «Proportionality and Variable Intensity of Review», *cit.*; **Christoffersen**, *Fair Balance: Proportionality...*, *cit.*; **Sušnjar**, *Proportionality...*, pp. 85 ss.; **Cannizzaro / de Vittor**, «Proportionality in the European Convention on Human Rights», *cit.*; **Legg**, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, *cit.*; **Medeiros**, *A Constituição portuguesa...*, *cit.*, pp. 347 ss.

⁴¹⁹ **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, p. 71.

⁴²⁰ Caso "relative a certains aspects du regime linguistique de l'enseignement en belgique". V. **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, p. 71.

⁴²¹ Neste sentido, **Eissen**, «The principle of proportionality ...», p. 126; **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, p. 80.

⁴²² Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática seja *necessária* para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O direito em causa é o direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência.

⁴²³ Talvez a base textual mais óbvia: cfr. **Cremona**, «The Proportionality...», p. 323; **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, p. 89.

⁴²⁴ As noções de necessidade, absoluta necessidade ou estrita necessidade (que não devem ser confundidas com o segmento da necessidade da proibição do excesso) são entendidas como fundamento do princípio da proporcionalidade, mas também de outros parâmetros que vão além, como o do fim legítimo ou o da necessidade da intervenção da autoridade estatal. Assim, **Sušnjar**, *Proportionality...*, pp. 89 ss. **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 144 ss., aponta-lhes também a função de diferenciar diferentes amplitudes ou intensidades de apreciação/aplicação judicial da proporcionalidade.

⁴²⁵ **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, p. 117.

Porém, a escassa base textual não impediu que fosse alcandorada a “regra de ouro da jurisprudência europeia dos direitos do Homem”⁴²⁶. A proporcionalidade convencional passou de um reduto inicial circunscrito a certas cláusulas de restrições ou limitações para cobrir todas as classes de conflitos entre interesses invocados pelas autoridades estatais e direitos convencionais e até entre estes⁴²⁷, tornando-se uma técnica geral de resolução de colisões no âmbito da Convenção⁴²⁸. Propõe-se, aliás, mais do que uma aplicação, distinguindo-se entre proporcionalidade-apreciação e proporcionalidade-interpretação⁴²⁹ e até proporcionalidade-qualificação⁴³⁰.

A doutrina considera-o maioritariamente um princípio geral do direito convencional⁴³¹, não obstante a persistência de tensões relevantes com os direitos internos dos signatários da Convenção⁴³².

A grande popularidade do princípio contrasta com um assinalável volume de incertezas e de incoerências que, começando pela terminologia e pelas suas

⁴²⁶ **Van Drooghenbroeck, La proportionnalité...**, p. 71; **Sweet/Mathews**, «Proportionality...», salientam a influência de Jochen Frowein neste processo de receção material.

⁴²⁷ Discutindo a questão de saber se as colisões entre direitos protegidos pela Convenção caem sob a égide do princípio da proporcionalidade ou de outra técnica e respondendo afirmativamente, **Van Drooghenbroeck, La proportionnalité...**, p. 111: a ponderação de interesses referida em decisões e ressaltada por alguma doutrina reconduzir-se-ia à técnica da proporcionalidade (*ob. cit.*, p. 114).

⁴²⁸ Assim, **Cannizzaro/ de Vittor**, «Proportionality...», p. 137.

⁴²⁹ Assim, **Van Drooghenbroeck, La proportionnalité...**, pp. 76, 89 ss.: a proporcionalidade-apreciação é aplicável quando se trate de avaliar a validade de uma interferência estatal que afete uma posição jurídica subjetiva prevista na Convenção. A proporcionalidade-interpretação é aplicável quando se trate de definir a existência e o alcance de prerrogativas convencionais ou de obrigações estatais. A primeira respeita às restrições e às derrogações (ou suspensões). A última é aplicável sobretudo nos casos de exceções abertas pelos próprios preceitos da Convenção. Outras tipologias: **Muzny, La Technique de Proportionnalité...**, p. 159.

⁴³⁰ **Muzny, La Technique de Proportionnalité...**, p. 265, apontando o exemplo de aplicação da proporcionalidade à qualificação de certas atuações como atos de tortura, absolutamente proibidos pelo artigo 3.º. Isto é: a proporcionalidade não seria convocada na apreciação da justificação de atos de tortura, mas sê-lo-ia em sede de qualificação dos comportamentos como sendo de tortura ou não.

⁴³¹ V. **Van Drooghenbroeck, La proportionnalité...**, p. 72, com mais referências; **J. J. Cremona**, «The proportionality principle in the jurisprudence of the European Court of Human Rights», p. 330; **J. McBride**, «Proportionality...», p. 23.

⁴³² Talvez a mais notória tensão, latente no julgamento de casos originados no Reino Unido, seja a que por vezes eclode entre o teste da *Wednesbury reasonableness* e o teste da proporcionalidade: cfr. **Sweet/Mathews**, «Proportionality...», p. 53.

fronteiras com figuras afins⁴³³, afetam praticamente todas as dimensões dogmáticas⁴³⁴.

Isso reflete-se na dificuldade em encontrar um modelo de referência com o qual possa ser comparado ou emparelhado.

Um setor da doutrina entende que a estrutura do princípio convencional da proporcionalidade é assimilável ao modelo alemão da proporcionalidade⁴³⁵.

Todavia, essa posição não resiste a um olhar superficial sobre a jurisprudência do Tribunal. Outra visão, mais matizada, nota-lhes diferenças, mas ainda assim procura um modelo explicativo que não se distancia totalmente da arquitetura clássica.

Uma construção hábil, é a que distingue entre a aplicação da proporcionalidade convencionalmente exigida às autoridades estatais, incluindo o legislador⁴³⁶, e a aplicação da proporcionalidade pelo juiz europeu dos direitos do homem. A primeira aproximar-se-ia do modelo mais comum; a segunda tanto poderia incluir todos os segmentos materiais da proporcionalidade, como poderia incluir apenas parte⁴³⁷. A variação da amplitude do controlo dependeria da amplitude da margem de apreciação atribuída pelo juiz europeu aos Estados, através de um sistema de presunções. Dessa amplitude dependeria também a repartição da carga da prova a propósito da proporcionalidade e.s.e.⁴³⁸.

Todavia, também esta tentativa de definir uma amarra mais ou menos precisa parece esbarrar contra o sentido geral da jurisprudência do Tribunal. A maioria dos intérpretes da jurisprudência produzida pelo juiz europeu não apenas rejeita a coincidência do princípio convencional da proporcionalidade com o princípio da

⁴³³ V., por todos, a exaustiva recensão de **Muzny, *La Technique de Proportionnalité***..., p. 162.

⁴³⁴ **Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité***..., p. 83.

⁴³⁵ **Jochen Abr. Frowein / Wolfgang Peukert** - «Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar», 2.^a ed., N. P. Engel Verlag, Berlin, 1996, p. 336 (3.^a ed. 2009).

⁴³⁶ Embora o TEDH já tenha afirmado mais que uma vez que não lhe compete examinar em abstrato as normas legislativas, parece não haver dúvida que *de facto* aquele Tribunal aprecia a convencionalidade dessas normas, designadamente o respeito pela proporcionalidade: confluyente, **Muzny, *La Technique de Proportionnalité***..., p. 578.

⁴³⁷ Assim, **Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité***..., pp. 171 ss., distinguindo entre *regra da proporcionalidade* e *controlo de proporcionalidade* (semelhante à distinção que adotamos entre norma de ação e de controlo). A primeira, respeita ao conjunto de exigências dirigidas aos Estados e aos seus atos; a segunda, respeita à competência reconhecida ao juiz europeu dos direitos do homem para julgar o respeito pela regra da proporcionalidade, podendo cobrir ou não todas as exigências decorrentes desta.

⁴³⁸ Síntese da posição de **Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité***..., p. 173.

proporcionalidade do direito público alemão, como entende que o sistema da CEDH é incompatível com ele.

É seguro que não se estabilizou ainda uma tendência, pelo que todas as indicações que se possam deixar são provisórias. Sobre as questões centrais, o panorama parece ser razoavelmente incoerente, ou pelo menos não totalmente estável.

3.2. Traços essenciais do modelo convencional de proporcionalidade

Um dos objetivos deste capítulo é averiguar até que ponto a leitura convencional do princípio da proporcionalidade influi sobre o exercício de competências do legislador nacional.

Por isso, é relevante começar por assinalar um traço saliente da jurisprudência do TEDH, concernente a um tema que não é geralmente pacífico nas ordens jurídico-constitucionais de alguns dos Estados contratantes: a distinção entre direitos *negativos* e direitos *positivos* (e concomitantes deveres positivos do legislador e de outras autoridades). A doutrina dos deveres positivos é especialmente relevante, pelo impacto que pode ter sobre a atividade do legislador dos Estados⁴³⁹. Reconhecida desde 1968, é objeto de controvérsia, desde logo devido à ausência de base textual e de consenso sobre o respetivo fundamento⁴⁴⁰. Pressupõe o reconhecimento do efeito horizontal da Convenção, isto é, a aplicação nas relações

⁴³⁹ Devido à dimensão que a doutrina das obrigações positivas assumiu no âmbito da CEDH, a literatura é vasta. V., entre outros, **Evert Albert Alkema**, «The Third-Party Application or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights» in Franz Matscher (ed.), *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Heymanns, Köln, 1988, pp. 33 ss.; **Pieter van Dijk**, «"Positive obligations" implied in the European Convention on Human Rights : are the States still the "masters" of the convention?», in Monique Castermans-Holleman/ Fried van Hoof/ Jacqueline Smith (eds.), *The role of the nation-state in the 21st century*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 17ss.; **Starmer**, «Positive Obligations Under the Convention», in J. Jowell/ J. Cooper (eds.), *Understanding Human Rights Principles*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 144-145; **Cordula Dröge**, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Springer, Heidelberg, 2003, V. contudo a análise de **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 108 ss.; **Christoffersen**, *Fair Balance: Proportionality...*, pp. 94 ss.

⁴⁴⁰ Para maior desenvolvimento, v. **Christoffersen**, *Fair Balance: Proportionality...*, pp. 95 ss., bem como referências.

entre particulares⁴⁴¹. O Tribunal parece aplicar o princípio convencional da proporcionalidade por igual nas circunstâncias em que o comportamento do legislador nacional afeta direitos negativos e direitos positivos, porventura apenas com alguma diferença no que toca à (maior) margem de apreciação nacional no caso do cumprimento dos deveres positivos, devido à respetiva estrutura⁴⁴². Pode, por isso, falar-se de uma adesão a uma conceção moderna de proporcionalidade, diferente do modelo clássico de proporcionalidade⁴⁴³.

Esta disponibilidade para aceitar a dedução de direitos positivos de disposições que de um modo geral consagram *prima facie* apenas direitos de defesa é, aliás, um sintoma de uma inclinação mais geral para a *interpretação atualista e extensiva* da CEDH (abertura da Convenção *aos tempos*). Isso reflete-se em outros aspetos. Designadamente, na tendência para a substituição do sistema original de cláusulas de limites específicas e diferenciadas *por uma cláusula geral de limites* como a do artigo 29.º da DUDH⁴⁴⁴ e na interpretação extensiva do catálogo de direitos. Isso tem suscitado algumas críticas ou receios, nomeadamente de bagatelização dos direitos⁴⁴⁵.

Um dos conceitos vitais para compreender a fiscalização do cumprimento do princípio convencional da proporcionalidade e, indiretamente, a sua estrutura e conteúdo, é o de *margem de apreciação nacional*⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ Para os *leading cases*, v. **Christoffersen**, *Fair Balance: Proportionality...*, pp. 101 ss. Diferentemente, **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 101 ss.

⁴⁴² **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 114. V. contudo a análise de **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 108 ss., desvalorizando a distinção entre comportamentos positivos e negativos, ações e omissões, e defendendo que a proporcionalidade é um instrumento de apreciação de *efeitos* de comportamentos, sejam eles vistos na perspetiva do cumprimento de deveres negativos ou positivos, aliás frequentemente indissociáveis.

⁴⁴³ Sobre estas noções v. *supra*, capítulo introdutório.

⁴⁴⁴ **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, p. 155. *Infra*, capítulo 9, veremos que a tendência em Portugal é confluyente.

⁴⁴⁵ Crítico de algumas das tendências da interpretação judicial da Convenção, **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, pp. 157 ss.

⁴⁴⁶ Sobre a doutrina da margem de apreciação existe uma vasta bibliografia (alguma dela, crítica). Além dos locais pertinentes já referidos na nota sobre bibliografia geral, v. **Cora S. Feingold**, «The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights», in *Notre Dame Law Review*, vol. 53 (1977–1978), pp. 90 ss.; **T. O'Donnell**, «The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 4 (1982), pp. 474 ss.; **Ronald St. John Macdonald**, «The Margin of Appreciation», in: Macdonald/Matscher/Petzold (eds), *The European System for the Protection of Human Rights*,

A margem de apreciação nacional é o conceito genérico que se reporta às apreciações e valorações que os Estados podem realizar sem que o Tribunal se julgue competente para as substituir pelas suas. No contexto do direito da CEDH, esta noção de margem de apreciação não é dissociável do instrumento da proporcionalidade, uma vez que só cobra sentido no quadro da aplicação desta⁴⁴⁷. É essa noção que delimita o que fica dentro da margem de livre conformação dos Estados na observância da proporcionalidade e o que cabe na competência de fiscalização do TEDH: quanto mais lata for a margem de apreciação menor é a amplitude da competência de fiscalização e vice-versa⁴⁴⁸. Ora, a latitude da margem de apreciação varia consoante as circunstâncias, os domínios e os contextos⁴⁴⁹ e é definida pelo próprio TEDH, num exercício de auto limitação⁴⁵⁰.

A definição de algo que se aproxime de um modelo *central* do princípio convencional da proporcionalidade implicitamente aplicado pelo TEDH andar­á em torno dos seguintes eixos: (i) apreciação da legitimidade do fim (em princípio, expressamente previsto na Convenção), sem operação de ponderação e com frequente aceitação implícita ou explícita do fim alegado pelo Estado parte⁴⁵¹; (ii) ausência de clara distinção metódica entre diferentes etapas (nomeadamente, avaliação da legitimidade do fim, adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e.)⁴⁵²; (iii)

Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 83 ss.; **Howard Charles Yourow**, «The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence», Kluwer, The Hague, 1996; **Eva Brems**, «The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights», in *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 56 (1996), pp. 240 ss.; **Eyal Benvenisti**, «Margin of appreciation, consensus, and universal standards», in *International Law and Politics*, vol. 31 (1999), pp. 843 ss.; **M. R. Hutchinson**, «The margin of appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights», in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), pp. 638 ss.; **Steven Greer**, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2000; **Jeffrey A. Brauch**, «The margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of law», in *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, nº. 1 (2004–2005), pp. 113 ss.; **Jan Kratochvíl**, «The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights», in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3 (2011), pp. 324 ss.

⁴⁴⁷ **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, p. 366.

⁴⁴⁸ **Arai-Takahashi**, *The Margin of Appreciation...*, p. 14 (*apud Šušnjar*, *Proportionality...*, p. 89). Diz-se, por isso, que a margem de apreciação é uma espécie de antídoto em relação à exigência de proporcionalidade: **Lambert**, «Marge nationale...», p. 67.

⁴⁴⁹ V., por todos, **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 404 ss.

⁴⁵⁰ **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, p. 382.

⁴⁵¹ **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 126, 253 ss.; **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 90.

⁴⁵² **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 91 (v., porém, p. 160).

tendência pronunciada para uma atitude deferencial perante juízos de adequação e de necessidade efetuados pela autoridade nacional⁴⁵³; (iv) menor tendência para deferir no que toca aos juízos de valor⁴⁵⁴; (v) realização de operações de ponderação ou de exame da proporcionalidade e.s.e. (sob diferentes designações) com valoração de todos os argumentos, sem recurso evidente à linguagem do peso ou do contrapeso de direitos e dos interesses competidores⁴⁵⁵; (vi) avaliação em termos equivalentes do cumprimento quer de obrigações negativas (de abstenção), quer positivas (de ação)⁴⁵⁶; (vii) teste negativo: o Tribunal examina se a medida (não) é desproporcionada⁴⁵⁷; (viii) ponderação particularista e não universalista⁴⁵⁸. Todavia, há âmbitos em que só pode haver ponderação universalista, como é o caso daquelas em que é julgada a existência de obrigações positivas que imponham a produção de normas gerais e abstratas⁴⁵⁹; (ix) ausência de exigência de otimização ou de adoção da solução ótima (ou melhor solução possível)⁴⁶⁰. Sobre a repartição do ónus da prova é difícil definir uma matriz precisa⁴⁶¹, bem como sobre a relação entre proporcionalidade e conteúdo essencial do direito⁴⁶².

⁴⁵³ Šušnjar, *Proportionality*..., p. 114.

⁴⁵⁴ Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., p. 346.

⁴⁵⁵ Frisando a distância entre o modelo de proporcionalidade seguido pelo Tribunal e o modelo da teoria dos princípios, da fórmula do peso e do contrapeso de direitos e de interesses, Šušnjar, *Proportionality*..., p. 117.

⁴⁵⁶ Šušnjar, *Proportionality*..., pp. 112 ss. (admitindo, porém, que a margem de apreciação é maior no que toca às obrigações positivas, em função da estrutura destas).

⁴⁵⁷ Šušnjar, *Proportionality*..., p. 111. Sobre a dicotomia entre teste negativo e teste positivo v. *infra*, capítulo 18, 3.

⁴⁵⁸ Por opção do juiz europeu e não por obrigação convencional: Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., pp. 253 ss.

⁴⁵⁹ Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., p. 257.

⁴⁶⁰ V., por todos, Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality*..., pp. 135, 210: "a natureza mínima dos *standards* internacionais protegidos pela CEDH implica que atingir um equilíbrio ótimo não é exigido"; "uma interferência num direito ou liberdade (...) pode por isso ser aceitável (...) mesmo que, tudo considerado, um melhor equilíbrio pudesse ser atingido"; e, mais adiante, "as Partes Contratantes têm o direito (...) de atingir um equilíbrio menos que ótimo" (*ob. cit.*, p. 219); no mesmo sentido, Šušnjar, *Proportionality*..., p. 112.

⁴⁶¹ As regras de repartição do ónus da prova são, em geral, menos do que claras: Greer, «The Margin of Appreciation...», p. 20.

⁴⁶² Muzny, *La Technique de Proportionnalité*..., pp. 282 ss.

A referência de (v) requer um esclarecimento suplementar, uma vez que se reporta à questão metódica crucial de saber se o Tribunal efetua uma apreciação cumulativa, ou uma apreciação condensada⁴⁶³. No primeiro caso - *cumulativa* -, estão pré-estabelecidos vários passos e aspetos materiais ou formais que são sucessivamente esgotados, requerendo-se que a medida apreciada os supere sucessiva e cumulativamente, decaindo se falhar qualquer deles. Verificado o incumprimento de um dos passos, não é necessário prosseguir para a apreciação dos outros. No segundo caso - *condensada* - pode ou não estruturar-se a metódica de aplicação em vários passos ou segmentos. Em qualquer dos casos, isto é, mesmo que se aprecie isoladamente um ou vários e se constate a inobservância de um, prossegue-se na apreciação dos demais. Em última análise consideram-se (ponderam-se) todos os fatores em conjunto no âmbito do que tendencialmente se identifica como proporcionalidade e.s.e. ou *balancing*. Embora haja unanimidade sobre a ausência de clareza da jurisprudência⁴⁶⁴, a inclinação maioritária vai para a versão condensada⁴⁶⁵.

Contudo, a casuística do Tribunal⁴⁶⁶ não permite definir um padrão inequívoco. Apontam-se exemplos de decisões do Tribunal (desde logo a do regime linguístico de ensino na Bélgica e *Handyside*) que não fazem apreciação da adequação, por o Tribunal admitir expressa ou implicitamente que isso cabe na margem de apreciação do Estados, mas também exemplos de controlo da adequação⁴⁶⁷. Há decisões que se escusam a apreciar a necessidade, em nome da margem de apreciação dos Estados⁴⁶⁸ e outras que só reconhecem uma margem reduzida ou

⁴⁶³ Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality*..., p. 71, designa a primeira versão de *strict-vertical test* (ou proporcionalidade vertical) e a segunda de *flexible horizontal test* (ou proporcionalidade horizontal). A primeira é praticada no Canadá, a segunda na África do Sul.

⁴⁶⁴ Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., pp. 188, 216.

⁴⁶⁵ Defendida, por exemplo, por Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1995, pp. 198-199, citado por Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., p. 188; Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality*..., p. 114, defende que o Tribunal subscreve a proporcionalidade horizontal (ou condensada, na nossa terminologia) uma vez que não aplica o teste "*the least restrictive means*" ou "*less onerous measures*".

⁴⁶⁶ Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., p. 343.

⁴⁶⁷ Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., pp. 179 ss.

⁴⁶⁸ Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., pp. 192 ss.

inexistente aos Estados, atribuindo-se o juiz europeu a prerrogativa de averiguar da existência de uma alternativa equivalentemente eficiente mas menos interferente⁴⁶⁹.

Inegáveis são as variações quanto à extensão e intensidade do controlo da proporcionalidade, que depende da margem de apreciação sobre as apreciações de facto, os prognósticos e os juízos axiológicos (ou valorações) reconhecida às autoridades dos Estados parte. Estas dependem de vários fatores, designadamente da matéria (ou direito) em causa, da existência de *standards* internacionais de referência, da complexidade da situação de facto, da legitimidade da autoridade nacional, da natureza e intensidade da interferência e outros. Mas também esses critérios padecem de alguma fluidez⁴⁷⁰.

3.3. A articulação entre o princípio convencional da proporcionalidade e o princípio da proibição do excesso de direito interno

De acordo com a própria jurisprudência do TEDH, não existe obrigação de os Estados parte incorporarem a CEDH no seu direito interno e, consequentemente, de incorporarem formalmente a proporcionalidade nos seus processos de decisão, nem de a aplicarem propriamente como critério de decisão; os Estados têm liberdade de escolha dos meios para satisfazer as suas obrigações convencionais⁴⁷¹. Todavia, pode perguntar-se se isso não é inconsequente, uma vez que é difícil ver como é que os Estados podem cumprir a Convenção, tal como interpretada e aplicada pelo juiz europeu, sem corresponder ou incorporar os mecanismos, técnicas e métodos que ele usa⁴⁷². Essa tensão foi particularmente crítica no caso do Reino Unido antes do *Human Rights Act* de 1998 (em boa verdade, continua a ser), mas também no caso francês⁴⁷³. Nota-se, porém, que também nessa frente a atitude do juiz europeu

⁴⁶⁹ Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., pp. 197ss.

⁴⁷⁰ Šušnjar, *Proportionality*..., pp. 92 ss., 105.

⁴⁷¹ Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., p. 327, com referências jurisprudenciais.

⁴⁷² Qualificando de ilusória essa possibilidade, Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité*..., p. 331.

⁴⁷³ V. Muzny, *La Technique de Proportionnalité*..., p. 638.

estará em evolução⁴⁷⁴. Não é implausível que se venha a formar crescente consenso a favor do dever de incorporação e do efeito direto nas ordens jurídicas internas⁴⁷⁵. Sem embargo, no momento presente, sobre o modelo convencional de proporcionalidade não é possível tirar conclusão muito diferente daquela a que se chegou a propósito do modelo da União Europeia. Também no contexto da CEDH o panorama por enquanto é de inflexibilidade e instabilidade da estrutura, conteúdo, metódica e intensidade de controlo judicial. Por isso, mesmo que seja possível sustentar que as autoridades nacionais estão obrigadas a incorporar no seu processo de decisão, como parâmetro, o princípio da proporcionalidade⁴⁷⁶, isso tem de ser entendido com cautela e maleabilidade. Enquanto o juiz europeu não explicitar um modelo de proporcionalidade suficientemente claro, aquele que vale para o legislador nacional não pode deixar de ser, no essencial, o que vigora internamente ou, caso não esteja desenvolvido, um modelo concebido tendo em consideração os eixos fundamentais detetáveis na jurisprudência europeia dos direitos. No caso português, essa orientação não terá repercussões de maior uma vez que, como se verá, os contornos essenciais do figurino da proibição do excesso cobrem (e, de modo geral, vão além) os padrões mais exigentes do princípio convencional da proporcionalidade.

⁴⁷⁴ Cfr. **Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité***..., p. 329, invocando *Smith & Grady v. UK* (1999).

⁴⁷⁵ **Bleckmann**, «Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?», in *Europäische GrundrechteZeitschrift* (1994), pp. 149 ss.; **Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité***..., p. 332.

⁴⁷⁶ **Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité***..., pp. 332, 335.

Três

OS TESTES GERADOS PELO “CASE LAW” NORTE-AMERICANO⁴⁷⁷

1. *American exceptionalism*

Desde os anos 70 do século passado, o princípio clássico da proporcionalidade ou da proibição do excesso expandiu-se para quase todas as democracias do Mundo. Quase todas, porque há exceções notórias. Os Estados Unidos permanecem “um caso à parte”. No contexto da *judicial review* não foi adotada a linguagem da proporcionalidade das restrições de direitos fundamentais⁴⁷⁸. Trata-se de uma manifestação do conhecido *exceptionalism* americano⁴⁷⁹. Na Constituição

⁴⁷⁷ A exposição seguinte representa apenas uma tentativa de sintetização e de simplificação de uma parte das imensas e ricas fontes americanas sobre o tema do escrutínio judicial da limitação de direitos, em dimensão adequada ao presente trabalho, sem a pretensão de atingir o aprofundamento que o tema mereceria noutro contexto. Pela sua especificidade e interesse localizado neste capítulo, a bibliografia aqui citada não consta da bibliografia final. São citadas numerosas decisões ou sentenças (*opinions*) do Supremo Tribunal americano, referenciadas apenas pelo título e data, uma vez que desse modo são facilmente encontradas através de motores de busca na *internet*.

⁴⁷⁸ A doutrina e a jurisprudência norte-americanas utilizam os conceitos “restrição”, “limitação”, “interferência”, “infração” ou “intervenção” de modo essencialmente intercambiável. Embora no ambiente português esses conceitos tenham significados e tratamentos jurídicos diferentes, neste número do texto iremos utilizá-los indiferenciadamente, embora com preferência para o conceito de restrição.

⁴⁷⁹ O debate sobre o *American exceptionalism* em vários domínios, incluindo no jurídico-constitucional e no político, é antigo, remontando a uma frase de Alexis de Tocqueville na *Democracy in America* (1835-1840): “the position of the Americans is therefore quite excepcional”. V., em geral, **Seymour Martin Lipset**, *American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*, W. W. Norton & Company, Londres & New York, 1997, descarregável em <http://www.planethan.com/drupal/americanexceptionalism> (Setembro de 2012). Entre trabalhos recentes no domínio do direito constitucional, v. **Harold Hongju Koh**, «On American Exceptionalism», in *Stanford Law Review*, vol. 55 (2003), pp. 1479 ss.; **Michael Ignatieff** (ed), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005; **Steven G. Calabresi**, «A Shining City on a Hill”: American Exceptionalism and the Supreme Court’s Practice of Relying on Foreign Law», in *Boston University Law Review*, vol. 86 (2006), pp. 1335 ss.; **Vicki C. Jackson**, «Constitutional Law and Transnational Comparisons: the *Youngstown* Decision and American Exceptionalism», in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 30, nº. 1 (2006), pp. 191 ss.; **Lorraine E. Weinrib**, «The Post-War Paradigm and American Exceptionalism», in Sujit Choudhry

americana até agora não foi encontrada base donde extrair a vigência do princípio ou de qualquer outro *standard* análogo. O modelo americano é um modelo alternativo ao modelo do princípio da proporcionalidade⁴⁸⁰, pelo que importa estudá-lo com profundidade.

A questão fundamental que se suscita é a seguinte: é possível resolver as colisões normativas de bens, interesses ou valores que os sistemas constitucionais modernos geram, sem recurso a instrumentos de harmonização semelhantes aos que se abrigam sob a designação de *proporcionalidade em sentido moderno*, designadamente a proporcionalidade clássica ou proibição do excesso? Há verdadeiras e eficientes alternativas, ou aquilo que se julga serem alternativas a esses instrumentos são apenas sucedâneos com outro nome e estrutura?

A jurisprudência constitucional concebeu um número significativo de técnicas, *standards* ou testes que, isolada ou combinadamente, parecem cumprir funções idênticas, ou responder a necessidades semelhantes no âmbito do controlo da constitucionalidade de atos legislativos⁴⁸¹: *balancing*⁴⁸², *rational basis standard of review*, *rationality requirement*, *"mere rationality" test*, *minimum rationality*,

(ed.) *The Migration of constitutional ideas*, Cambridge University Press, 2007, pp. 84 ss.; **Stephen Gardbaum**, «The myth and the reality of American constitutional exceptionalism», in *Michigan Law Review*, vol. 107 (2008), pp. 391 ss. V. o sumário dos traços característicos no direito constitucional apresentado por **Randy E. Barnett**, «The Separation of People and State», in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, n. 2 (2009), pp. 451 ss. Sobre o impacto específico na resistência à receção de parâmetros como os da proporcionalidade em sentido amplo, **Cohen-Elya / Porat**, «The Hidden Foreign Law...», (consultámos a versão eletrónica, em Setembro de 2012, em <http://ssm.com/abstract=1317833>, pp. 6 ss.); **Susan Rose-Ackerman / Stefanie Egidy / James Fowkes**, «American Exceptionalism? «Due Process of Lawmaking" in Comparative Law», 2012, descarregado da *internet* em Outubro de 2012.

⁴⁸⁰ Neste capítulo usamos preferencialmente a expressão "princípio da proporcionalidade" sempre que quisermos aludir à proporcionalidade clássica ou proibição do excesso, porque é a expressão conhecida no (limitado) debate que sobre ela se trava nos EUA e também no Canadá.

⁴⁸¹ Mantemos na maior parte dos casos as formulações originais do inglês dada a dificuldade de fazer traduções adequadas dos conceitos, por norma sem correspondência no léxico jurídico continental europeu.

⁴⁸² Os trabalhos sobre *balancing* no contexto constitucional americano são inabarcáveis. V., por exemplo, **Frantz**, «The First Amendment in the Balance», *cit.*; **Nimmer**, «The Right to Speak from Times to Time...», *cit.*; **Bice**, «Rationality Analysis in Constitutional Law...», *cit.*; **Tribe**, *Constitutional Law*, pp. 581, 684, 723, 748, 846 e vários outros locais; **Ely**, «Flag Desecration: A case study in the roles of categorization and balancing...», *cit.*; **Henkin**, «Infallibility under Law...», *cit.*; **Aleinikoff**, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *cit.*; **Coffin**, «Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice», *cit.*; **McFadden**, «The Balancing Test...», *cit.*; **Sullivan**, «Post Liberal Judging. The Roles of Categorization and Balancing», *cit.*; **Faigman**, «Madisonian Balancing...», *cit.*; **Gerhardt/ Rowe, Jr.**, *Constitutional Theory. Arguments and Perspectives*, pp. 354 ss.; **Esin Örüçü**, «The Core of Rights...», p. 44; **Cohen-Elya / Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...», *cit.*; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 4 ss.; **Paulo Branco**, *Juízo de ponderação...*, *cit.*; **Bomhoff**, *Balancing...*, *cit.* Entre nós, **Novais**, *As restrições...*, pp. 644 ss.

*rationality test*⁴⁸³, *minimal scrutiny with bite*⁴⁸⁴ “*comprehensive rationality*”⁴⁸⁵, *strict scrutiny*⁴⁸⁶, *intermediate scrutiny standard*⁴⁸⁷, *undue burden standard*⁴⁸⁸,

⁴⁸³ Sobre os testes de racionalidade, v. Note, «Legislative purpose, rationality, and equal protection», in *Yale Law Journal*, vol. 82 (1972), pp. 123 ss.; **Gerald Gunther**, «Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection», in *Harvard Law Review*, vol. 86 (1972-1973), pp. 1 ss.; **Hans Linde**, *Due Process of Lawmaking*, in *Nebraska Law Review*, vol. 55 (1975), pp. 197 ss.; **Robert W. Bennett**, «"Mere" Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory», in *California Law Review*, vol. 67 (1979), pp. 1049 ss., consultado em Outubro de 2012 em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol67/iss5/1>; **Bice**, «Rationality Analysis...», pp. 2 ss.; **Tribe**, *Constitutional Law*, pp. 994 ss.; *idem*, *Constitutional Choices*, Cambridge (Mass), 1985, p. 180; **Cass R. Sunstein**, «The Enduring Legacy of Republicanism», in S. Elkin/K. Soltan (eds.), *A New Constitutionalism*, University of Chicago Press, Chicago, 1993, pp. 174 ss., 190; **Robert C. Farrell**, «Legislative purpose and equal protection's rationality», in *Villanova Law Review*, vol. 37 (1992), pp. 1 ss.; *idem*, «Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term. Through *Romer v. Evans*», in *Indiana Law Review*, vol. 32 (1999), pp. 356 ss.; *idem*, «The Two Versions of Rational-basis Review and Same-sex Relationships», in *Washington Law Review*, vol. 86 (2011), pp. 281-329; **Kenneth Karst**, «Rational Basis», in *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 2000, pp. 2121-2122; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 4 ss.; **Michael Bishop**, «Rationality is dead! Long live rationality! Saving rational basis review», consultado em Outubro de 2012 em www.isthisseattaken.co.za/pdf/Papers_Bishop.pdf; também em Stu Woolman/David Bilchitz (eds.), *Is this Seat Taken? Conversations at the Bar, the Bench and the Academy about the South African Constitution*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2012, pp. 2-36, consultado em http://www.pulp.up.ac.za/pdf/2012_08/2012_08.pdf.

⁴⁸⁴ **Siegel**, «Origin of the Compelling State Interest and Strict Scrutiny», cit; usaremos a versão disponível em <http://law.bepress.com/expresso/eps/1514>.

⁴⁸⁵ **Sunstein**, «The Enduring Legacy...», p. 195.

⁴⁸⁶ Sobre isto, há literatura extensa, de que se destaca: **Tribe**, *Constitutional Law*, pp. 1000 ss.; **Bice**, «Rationality Analysis...», p. 3; **Örücü**, «The Core of Rights ...», cit.; **Ayres**, «Narrow Tailoring», *Faculty Scholarship Series*, Paper 1496 (1996), consultado em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1496 em Outubro de 2012; **Eugene Volokh**, «Freedom of Speech, Permissive Tailoring and Transcending Strict Scrutiny», in *U. Pennsylvania L. Rev.*, vol. 144, (1997), pp. 2417 ss., consultado em Outubro de 2012 em <http://www2.law.ucla.edu/volokh/scrutiny.htm>; **Rubin**, «Reconnecting doctrine and purpose: a comprehensive approach to strict scrutiny...», cit.; **Greg Robinson / Toni Robinson**, «Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origin of Strict Scrutiny», in *Law and Contemporary Problems*, vol. 29 (1985), pp. 29 ss.; **White**, «Historicizing Judicial Scrutiny», in *South Carolina Law Review*, vol. 57 (2006); utilizamos a versão eletrônica, consultada em Outubro de 2012 em http://law.bepress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art31; **Winkler**, «Fatal in Theory and Strict in Fact...?», cit.; **Siegel**, «The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny...», cit. **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1268-1269; **R. Randall Kelso**, «Standards of Review under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: the "Base Plus Six" Model and Modern Supreme Court Practice», in *Journal of Constitutional Law*, vol. 4 (2002), pp. 225 ss.; **Ian Ayres / Sydney Foster**, «Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring After *Grutter* and *Gratz*», *John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers*, Paper 287 (2005), consultado em http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers/287, em Outubro de 2012; **Randy Barnett**, «Scrutiny Land», in *Michigan Law Review*, vol. 106 (2008), pp. 1479 ss.; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 4 ss.; **Barak**, *Proportionality...*, pp. 510 ss.

⁴⁸⁷ **Bhagwat**, «The Test that Ate Everything: Intermediate Scrutiny...», cit.; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 4 ss.

⁴⁸⁸ **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 21 ss.

*reasonableness*⁴⁸⁹, *reasonableness in classifications*⁴⁹⁰, “*reasoned analysis*” *requirement*⁴⁹¹, *less restrictive or discriminatory alternatives*⁴⁹², *(the) least restrictive means*⁴⁹³, *less drastic means*⁴⁹⁴, *alternative means test*⁴⁹⁵, “*necessary means*” *test*⁴⁹⁶, *narrow tailoring*⁴⁹⁷. A elencagem poderia continuar, até porque algumas expressões correspondem apenas a variações de um mesmo teste^{498/499}. Alguns destes e de outros *standards*, afins ou com sentido análogo, surgem casuisticamente como instrumentos de reação *ad hoc* em casos particulares, longe de uma aplicação coerente⁵⁰⁰. Desse sistema casuístico, sustentado em *standards* de contornos imprecisos e “num perpétuo estado de conflito argumentativo”⁵⁰¹, decorrem ineficiências. Alguns deles exprimem uma verdadeira abdicação do

⁴⁸⁹ **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1287.

⁴⁹⁰ **Tribe**, *Constitutional Law*, p. 994 e outros locais.

⁴⁹¹ **Sunstein**, «The Enduring Legacy...», pp. 192-193.

⁴⁹² **Tribe**, *Constitutional Law*, pp. 687, 722, 847 e vários outros locais

⁴⁹³ **Tribe**, *Constitutional Choices*, p. 217; **Struve**, «The Less-Restrictive-Alternative...», *cit.*; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 21 ss.; **Bastress**, «El principio de "la alternativa menos restrictiva" ...», *cit.*

⁴⁹⁴ Cfr. **Francis Wormuth / Harris Mirkin**, «The Doctrine of the Reasonable Alternative», in *Utah Law Review*, vol. 9 (1964), pp. 254 ss.; **Struve**, «The Less-Restrictive-Alternative ...», *cit.*; **Nota**, «Less Drastic Means and the First Amendment», in *Yale Law Review*, vol. 78 (1969), pp. 462 ss.

⁴⁹⁵ **Örücü**, «The Core of Rights...», p. 44.

⁴⁹⁶ **Tribe**, *Constitutional Choices*, p. 181; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 24 ss.

⁴⁹⁷ **Ayres**, «Narrow Tailoring...», *cit.*; **Ayres / Foster**, «Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring ...», *cit.*; **Volokh**, «Freedom of Speech, Permissive Tailoring...», *cit.*; **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1326 ss.; **Arroyo**, «Tailoring the Narrow Tailoring Requirement in the Supreme Court's Affirmative Action Cases», in *Cleveland State Law Review*, vol. 58 (2010), pp. 648 ss.; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 34 ss.; **Siegel**, «The Origin of the Compelling State Interest...», p. 10.

⁴⁹⁸ Em certas decisões do Supremo Tribunal americano pode mesmo encontrar-se referência a um “*proportionality principle*”, reportado à relação entre o crime cometido e a severidade da pena. Cfr. *Solem v. Helm* (1983) e (contrariando o precedente) *Harmelin v. Michigan* (1991). V. **Gerhardt/Rowe, Jr.**, *Constitutional Theory. Arguments and Perspectives...*, p. 183; **Sullivan / Frase**, *Proportionality Principles...*, pp. 5 e 178. Cfr. propostas “europeizadas” (e por isso nem sempre claras) de sistematização de alguns daqueles *standards* em **Alonso Garcia**, *La interpretación de la Constitución*, pp. 183 ss.; **Philippe**, *Le contrôle...*, pp. 38 ss.

⁴⁹⁹ Um dos aspetos que dificulta a compreensão dos *standards* americanos é a circunstância de a sua própria designação oscilar de autor para autor, de decisão jurisprudencial para decisão jurisprudencial.

⁵⁰⁰ Assim, **Tribe**, *American Constitutional Law*, p. 342.

⁵⁰¹ **Mitchel Lasser**, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 15.

exercício da *judicial review*; formam um quadro incompleto e lacunar; são instáveis e oscilantes⁵⁰².

Nem todos estes testes servem o objetivo de avaliar meios tendo em conta os respetivos fins, pelo que a comparabilidade de alguns com o princípio clássico da proporcionalidade está comprometida à partida. Outros, porém, permitem algumas analogias com a proporcionalidade.

Há manifestações da linguagem da proporcionalidade em áreas limitadas⁵⁰³. Por exemplo, no âmbito do controlo do uso de certos poderes federais⁵⁰⁴, da fixação de reparações punitivas em litígios cíveis⁵⁰⁵ e, mais controvertidamente, no âmbito

⁵⁰² Sobre estas linhas de crítica, veja-se **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 44 ss.; diferentemente, em tom essencialmente laudatório da abordagem implícita nos testes americanos, **Novais**, *As restrições...*, pp. 908 ss., centrando, todavia, a análise nos testes construídos e aplicados no âmbito das chamadas liberdades comunicacionais protegidas pela Primeira Emenda.

⁵⁰³ Podendo dizer-se que a linguagem da proporcionalidade é aplicada nos EUA em domínios que, em ordenamentos onde vigora plenamente o princípio clássico da proporcionalidade, estão fora do núcleo central de aplicação ou conhecem aplicações atípicas.

⁵⁰⁴ Assim, desde *Boerne v. Flores* (1997), o Supremo Tribunal aplica o chamado teste da “congruência e da proporcionalidade” em casos em que está em jogo o uso dos poderes federais da seção 5 da 14.ª Emenda à Constituição, de 1868 (“*The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article*”; entre essas normas está a proibição de os Estados “*deprive any person of life, liberty, or property without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”). Em termos simplificados, quando o Congresso emite leis com vista a prevenir ou remediar algum ato de um Estado que contrarie aquela proibição, o Supremo Tribunal pode ser chamado a apreciar a sua constitucionalidade. Não haverá inconstitucionalidade se o meio (a lei do Congresso e as providências nela consagradas) for congruente e proporcionado em relação ao fim (a prevenção ou remédio de uma ação do Estado, com infração dos seus poderes ou “direitos”, designadamente a não ser processado e sancionado). Como se pode ver, não se trata de um teste que vise em primeira linha a garantia de direitos fundamentais de indivíduos em confronto com outros bens, interesses ou valores, mas sim de um teste que visa garantir o equilíbrio entre o poder federal e o poder dos Estados, conforme o espírito do federalismo. Sobre isto: **K. G. Jan Pillai**, «Incongruent Disproportionality», in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 29 (2002), pp. 645-720.; **Zoller**, «Congruence and Proportionality...», *cit.* (defendendo – p. 581- que este teste foi importado do direito europeu, particularmente do *case law* do Tribunal de Justiça da UE, não podendo ser encarado, portanto, como uma mera atualização de *McCulloch v. Maryland*, de 1819, ao contrário do que defendem **Marci A. Hamilton** / **David Schoenbrod**, «The Reaffirmation of Proportionality Analysis Under Section 5 of the Fourteenth Amendment», in *Cardozo Law Review*, vol. 21 [1999], pp. 469 ss.); **Sullivan / Frase**, *Proportionality Principles...*, pp. 83-85. Este novo teste suscitou reações críticas, designadamente por ter sido um veículo para invalidar “uma após outra” leis anti discriminatórias do Congresso: **Ristroph**, «Proportionality...», p. 296; **Evan Caminker**, «“Appropriate” Means-Ends Constraints on Section 5 Powers», in *Stanford Law Review*, vol. 53 (2001), pp. 1127 ss. Há alguma proximidade entre esta versão da ideia de proporcionalidade e a que está prevista no Tratado de Lisboa no que toca ao exercício do poder legislativo da União.

⁵⁰⁵ De acordo com **Ristroph**, «Proportionality...», p. 297, neste âmbito o Supremo Tribunal abraçou de forma entusiástica a proporcionalidade como limite ao exercício do poder estatal (a autora ilustra a asserção com *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 1996 e *State Farm Mutual Insurance Co. v. Campbell*, 2003). Aliás, esta adesão estende-se ao contexto criminal, em casos de aplicação de multas (v. *United States v. Bajakajian*, 1998), o que leva autora a concluir que para o Tribunal “quando está em causa dinheiro, a proporcionalidade conta”: tratar-se-ia de uma *property-interest proportionality*

do que designaremos posteriormente de proporcionalidade retributiva^{506/507} e noutros domínios⁵⁰⁸.

(p. 300). Vários autores assinalam a menor exigência de proporcionalidade em casos em que está em jogo a liberdade do que em casos em que está em jogo a propriedade: v., por todos, **Van Cleave**, «"Death is Different" - Is Money Different? Criminal Punishments, Forfeitures, and Punitive Damages - Shifting Constitutional Paradigms for Assessing Proportionality», *cit.*

⁵⁰⁶ V. *infra*, capítulo 22, o conceito de proporcionalidade retributiva – também usado por alguns autores nos EUA – , vigente no direito penal e processual penal e no direito punitivo em geral. No contexto do direito americano, distinguindo os vários tipos de proporcionalidade: **Sullivan / Frase, Proportionality Principles...**, *cit.*; **Ristroph**, «Proportionality...», *cit.*; **Singer**, «Proportionate Thoughts...», *cit.* pp. 217 ss. A aplicação da proporcionalidade neste domínio é objeto de debate doutrinal e jurisprudencial. Durante muito tempo (**Ristroph**, *ob. cit.*, p. 301, fala de um espaço temporal de 1910 a 1980), o Tribunal viu na proibição de punições cruéis e não usuais da Oitava Emenda um requisito de proporcionalidade, aplicável quer na definição pelo legislador das condutas típicas e das penas, quer na aplicação dessas penas pelos tribunais. Contudo, alguns sustentam que jurisprudência constitucional mais recente terá optado por uma orientação matizada, mais reverencial para com uma alegada liberdade de conformação do legislador no domínio jurídico-penal. Esta orientação preocupar-se-á com a proporcionalidade e a proibição de reações penais excessivas quando está em causa a aplicação da pena capital (por exemplo, manifestada na anulação da possibilidade da aplicação da pena de morte a menores de 18 anos, como em *Roper v. Simmons*, 2005), mas propugnará uma aplicação menos intensa – ou até a negação da aplicação – quando se trata de penas de prisão, incluindo perpétua. Nestes últimos casos, **Ristroph**, *ob. cit.*, pp. 310 ss., alude, em alternativa a um princípio de proporcionalidade forte, a um simples *standard* de grosseira desproporção (aflorado no voto de um juiz em *Harmelin v. Michigan*, de 1991) ou de *narrow proportionality*. Mas há quem negue inclusive que a Oitava Emenda contenha uma garantia de proporcionalidade (juiz **Scalia**, no mesmo aresto do Supremo Tribunal, ou em *Ewing v. California*, 2003). Por isso se aponta que a ideia de que as punições devem ser proporcionais ao mal provocado continua a ser muito remota na cultura jurídica americana. Há mesmo uma certa propensão para a imposição de sanções desproporcionadas por motivos de dissuasão: assim, **Zoller**, «Congruence and Proportionality...», *cit.*, p. 579; v., também, **Jackson**, «Being Proportional...», *cit.* pp. 807 e 850. Contudo, o mínimo que se pode dizer é que nem a jurisprudência do Supremo Tribunal é linear, nem as interpretações que dela se fazem são inequívocas. Ilustrativo é o modo como o Tribunal resume a sua própria orientação em *Graham v. Florida* (2010), relatado pelo juiz Kennedy: “*Embodied in the cruel and unusual punishments ban is the “precept ... that punishment for crime should be graduated and proportioned to [the] offense.” Weems v. United States [...]. The Court’s cases implementing the proportionality standard fall within two general classifications. In cases of the first type, the Court has considered all the circumstances to determine whether the length of a term-of-years sentence is unconstitutionally excessive for a particular defendant’s crime. The second classification comprises cases in which the Court has applied certain categorical rules against the death penalty. In a subset of such cases considering the nature of the offense, the Court has concluded that capital punishment is impermissible for nonhomicide crimes against individuals. E.g., Kennedy v. Louisiana, [...] In a second subset, cases turning on the offender’s characteristics, the Court has prohibited death for defendants who committed their crimes before age 18, Roper v. Simmons, [...], or whose intellectual functioning is in a low range, Atkins v. Virginia [...]*” (suprimimos as notas, aditámos ênfases).

⁵⁰⁷ O conceito de proporcionalidade retributiva por nós usado não cobre as *leis penais*, mas apenas a aplicação concreta das penas e demais sanções. Para efeitos de aplicação do princípio da proporcionalidade, as leis penais são equivalentes às demais leis que implicam a restrição ou limitação de direitos fundamentais, designadamente os direitos à liberdade, à integridade física, à propriedade. A aplicação do princípio da proporcionalidade às leis penais nos EUA – aceite pelos autores – traduz-se em que, pelo menos nesse domínio, a situação nos EUA pode ser considerada similar à que se vive nos ordenamentos onde há uma adesão à vigência desse princípio quanto à atividade conformadora do legislador.

⁵⁰⁸ Quando a autorização para a realização de operações urbanísticas em propriedade privada é condicionada pela imposição de ónus e obrigações de interesse público, ao abrigo da chamada *takings clause* da Quinta Emenda, o Supremo Tribunal aplica uma “*rough proportionality analysis*” na

Alguma literatura regista a emergência de fórmulas de proto-proporcionalidade na chamada *Dorment Commerce Clause*⁵⁰⁹. E, como veremos desenvolvidamente, a jurisprudência constitucional gerou *standards* vocacionados para controlar o respeito dos limites a que a Constituição sujeita a ação do legislador e do executivo – *judicial scrutiny tests* – que revelam traços que os juristas europeus reconduziriam à ideia de proporção ou de repulsa pelo excesso que move o princípio clássico da proporcionalidade⁵¹⁰. Por vezes são até citados alguns arestos do *Supreme Court*⁵¹¹ (ou, mais propriamente, votos isolados de juízes⁵¹²) donde consta a linguagem da proporcionalidade no sentido mais próprio.

Todavia, em certos casos a proximidade entre antepassados ou expressões atuais da proporcionalidade clássica e dos *standards* norte-americanos é apenas aparente.

Por exemplo, exatamente no momento em que SVAREZ se evidenciava na corte prussiana, um conceito de *necessidade* estava no centro das primeiras divergências em torno da interpretação da nova Constituição americana, adotada em 1787, em vigor desde 1789. Em 1790/91, ocorreu um debate marcante dos primórdios do direito constitucional norte-americano, protagonizado por dois *founding fathers*, ALEXANDER HAMILTON e THOMAS JEFFERSON, sobre o que hoje se designa *doutrina dos poderes implícitos* (*doctrine of implied powers*) e a chamada cláusula “do necessário e do próprio” (*necessary and proper clause*)⁵¹³. A base da disputa era o artigo I, § 8, da Constituição americana, que outorga ao Congresso o poder de “*fazer leis que sejam necessárias e próprias*” para atingir certos objetivos. O motivo da divergência situava-se no próprio âmago do controlo do exercício do poder legislativo federal e seus limites. Mas o plano em que a questão era colocada é diferente do plano em que

apreciação da validade daqueles ónus e obrigações: por exemplo, *City of Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, Ltd.* (1999). Neste sentido, **Ristroph**, «Proportionality...», pp. 293 ss.

⁵⁰⁹ **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 6.

⁵¹⁰ **Novais**, *As restrições...*, p. 920.

⁵¹¹ **Grimm**, «Proportionality...», *cit.*, p. 384, aponta *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York* (1980).

⁵¹² O mais relevante exemplo, é o voto de vencido do juiz Breyer em *District of Columbia v. Heller* (2008), um caso sobre o direito à posse de armas previsto na Segunda Emenda (“*A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.*”) que dividiu o Tribunal e a doutrina. O juiz Breyer alude a uma “*sort of proportionality*”, alegando que o Tribunal a aplicou em vários contextos, designadamente casos de lei eleitoral, liberdade de expressão e *due process*. Do mesmo **Stephen Breyer**, v. *Making our democracy work: a judge’s view*, Vintage Books, New York, 2011.

⁵¹³ Cfr. **Gerald Gunther**, *Constitutional Law*, pp. 82 ss.; **Tribe**, *American Constitutional Law*, pp. 227 ss.

se coloca o tema da proporcionalidade clássica ou da proibição do excesso. Ali estava em causa uma condição para o exercício de competências de órgãos: a necessidade e propriedade da produção da lei. A *necessary and proper clause* respeita a um momento logicamente anterior ao momento da eventual aplicação do princípio clássico da proporcionalidade.

Outro domínio onde alguns autores encontram analogias com o espírito da proporcionalidade é o desenvolvimento jurisprudencial em torno da *Dormant Commerce Clause*⁵¹⁴. Quando o *Supreme Court* teve de conceber, no final do século XIX, um teste para escrutinar restrições criadas pelos Estados da federação ao comércio interestadual, no quadro da cláusula do comércio, alega-se que terá concebido algo funcionalmente equivalente à proporcionalidade⁵¹⁵. No período de 1875-1902, o Tribunal define um modo de julgar as restrições ao comércio introduzidas pelos Estados: avalia a legitimidade e importância dos objetivos do Estado que introduz a medida restritiva, averigua da respetiva necessidade, através do aplicação do teste do *less restrictive means* – que a partir daqui passa a incorporar estavelmente o direito constitucional americano, vindo a integrar, a partir da década de 1960 a estrutura do *strict scrutiny*⁵¹⁶ – e desenvolve uma operação de *proto-balancing* através da aplicação do standard do *unreasonable burden standard* (ou de sacrifício não razoável do comércio interestadual). A inclinação para ver nesta operação algo de equivalente ao controlo da proporcionalidade clássica encontra até respaldo na circunstância de, a partir de certa altura, o Tribunal ter extraído da Cláusula do Comércio um direito individual a comprar e a vender bens além da fronteira do respetivo Estado.

⁵¹⁴ A *Commerce Clause* estatui, na parte relevante, que o Congresso terá o poder... de regular o comércio com nações estrangeiras e entre os vários Estados [da União] e com as tribos índias... (tradução nossa do art.º I, par. 8, cl. 3). A parte "adormecida" ou silenciosa desta cláusula (*dormant*, nas palavras do Juiz Presidente Marshall, em *Gibbons v. Ogden*, 1824) reporta-se à extensão do poder dos Estados de tomar medidas de polícia que, embora não diretamente incidentes sobre o comércio inter-estadual, tenham uma repercussão indiretamente restritiva sobre ele.

⁵¹⁵ Assim **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 4 e 30: “*The Supreme Court’s approach to the Dormant Commerce Clause, whether viewed from the vantage point of the year 1900 or the year 2000, would be immediately recognizable to any European as a familiar, remarkably straightforward, version of proportionality*”; **Schlink**, «Proportionality...», p. 297; **Mathis**, «Balancing and Proportionality in US Commerce Clause Cases», *cit.*

⁵¹⁶ Por isso, pode porventura dizer-se que se aproxima do segmento da necessidade: **Pirker**, *Proportionality...*, p. 176. O teste do *less restrictive means* terá sido aplicado pela primeira vez em 1875, em *Chy Lung v. Freeman*: **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 21.

No entanto, a *Dormant Commerce Clause* e a *judicial review* que ela desencadeia só secundariamente têm uma intenção garantística de direitos individuais. A cláusula visa primordialmente preservar a lógica federal nas relações comerciais entre Estados, obstando à tendência para o protecionismo económico e para a desagregação da União. Trata-se de tutelar valores de organização política (federal) e de liberdade económica objetiva e não de acautelar, em primeira linha, bens, interesses ou valores subjetivos⁵¹⁷. A tentativa de assimilação ao princípio clássico da proporcionalidade pode, portanto, ser discutível para quem não aceite a sua aplicabilidade nesses domínios.

2. O fim do *excepcionalism*?

Poderá o *american excepcionalism* manter-se neste domínio?

Surgiram recentemente propostas doutrinárias de incorporação do teste da proporcionalidade⁵¹⁸ no constitucionalismo norte-americano. Mas há quem vá mais longe e questione se ainda subsiste em termos reais essa situação de *excepcionalism*. Em alguma literatura, procura-se demonstrar que não é que aquela incorporação já existe, embora de forma diluída e adaptada⁵¹⁹.

A resposta a essa questão passa por analisar a forma como a jurisprudência e a doutrina dos Estados Unidos da América têm superado o formalismo clássico - categórico, absolutista e classificatório. As vias mais salientes - e mais discutidas - dessa superação têm sido, por um lado, o *balancing* e, por outro, aquilo que se pode considerar uma tentativa de compromisso entre a perspetiva clássica formalista e as perspetivas realistas, pragmáticas e relativizadoras, os chamados *tiers of scrutiny*.

⁵¹⁷ Parte das críticas à cláusula e ao excessivo intervencionismo da *Supreme Court* num domínio que, por ser de organização objetiva, alguns entendem que devia ser deixado à União e aos Estados, ligam-se a essa visão geral do sentido da cláusula. V. **Donald Regan**, «The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause», in *Michigan Law Review*, vol. 84, n.º 6 (1986), pp. 1091 ss.

⁵¹⁸ **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 4, 12; **Greene**, «The Rule of Law as a Law of Standards», *cit.*

⁵¹⁹ Nesse sentido, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1330; **Zoller**, «Congruence and Proportionality...», *cit.*; numa leitura europeia, **Schlink**, «Proportionality...», p. 297, afirma que quando os tribunais americanos utilizam testes como o *strict scrutiny* ou os outros que estudaremos de seguida, estão a realizar uma análise meio-fim similar à análise da proporcionalidade. V., porém, a exaustiva demonstração do contrário em **Bomhoff**, *Balancing...*, *cit.*

A jurisprudência americana, na linha da tradição analítica, classificatória ou categorialista, tem sido pródiga na gestação de métodos e *standards* que visam densificar os limites a que a ação do legislador e do executivo está sujeita e garantir o seu respeito que não se reconduzem àqueles. Um estudo que pretenda uma investigação sem lacunas dessa temática não pode deixar de versar o *clear and present danger test*⁵²⁰, o *undue burden*⁵²¹, o *actual malice test* e outros. Todavia, o intuito que nos move aqui é tão somente avaliar até que ponto a dogmática constitucional europeia do princípio da proporcionalidade converge ou diverge com desenvolvimentos americanos paralelos. Para isso, há que concentrar esforços nos dois domínios referidos. Consequentemente, passaremos a estudar: (i) o *balancing* e (ii) os testes de controlo judicial das relações entre fins e meios (*judicial scrutiny of means-end relationships*⁵²²).

⁵²⁰ O estatuto doutrinário deste *standard*, sempre foi largamente controvertido: **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 160. Inicialmente surgiu no contexto da jurisprudência sobre liberdade de expressão, tendo sido estruturado em *Schenck v. United States* (1919), podendo considerar-se uma evolução em relação ao mais antigo *bad tendency test* (v. sobre este teste **Edward Bloustein**, «The First Amendment 'Bad Tendency' of Speech Doctrine», in *Rutgers Law Review*, vol. 49 (1990-1991), pp. 507 ss.). Em *Schenck* estava em causa a condenação do secretário geral do Partido Socialista Americano por distribuir panfletos críticos em relação ao esforço de guerra e à incorporação militar de jovens. O juiz Oliver Wendell Holmes, em nome do *Supreme Court*, questionou se as palavras do panfleto criavam “a *clear and present danger* that they will bring about substantive evils Congress has a right to prevent”. Pode consultar-se a indicação histórica em <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/clear&pdanger.htm> Nessa primeira eclosão, o *clear and present danger test* parece inserir-se numa perspetiva *absolutista* ou *categórica* de proteção de direitos consagrados sem reserva de limitação ou restrição, sendo assimilável aos *limites iminentes* aos direitos fundamentais teorizados na Europa, a partir da inspiração germânica. Sobre as raízes históricas, v., por todos, **Wallace Mendelson**, «Clear and Present Danger», in *Columbia Law Review*, vol. 52, n.º 3, (mar., 1952), pp. 320 ss. Todavia, há quem sustente que o *danger test* não foi adotado pela maioria dos juizes do tribunal naquela época, adquirindo importância mais tarde, particularmente a partir da década de 1940, quando foi usado por juizes *high-protectionists* de direitos da Primeira Emenda, particularmente a liberdade de expressão: v. **Siegel**, «The Death and Rebirth of the Clear and Present Danger Test», *cit.* Este autor nota que, em bom rigor, o *clear and present danger* era um invólucro de operações de ponderação; no mesmo sentido, **Novais**, *ob. cit.* pp. 645 e 929 ss., 933. Como quer que seja, o teste não escapou à crítica de alguns. Significativa é, por exemplo, a contestação de **Rawls**, «The Basic Liberties...», p. 59, rejeitando a possibilidade de a liberdade de expressão política ser restringida com o fundamento do *clear and present danger*. Em contrapartida, outros pugnam pela re-introdução do *clear and present danger*: v. **Cohen-Eliya / Stopler**, «Probability Thresholds as Deontological Constraints in Global Constitutionalism», in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 49 (2010), pp. 75 ss.

⁵²¹ Sobre o *undue burden* e a sua autonomia em relação a outros testes, v., por todos, **Brownstein**, «How Rights Are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis ...», *cit. e infra*.

⁵²² A expressão foi cunhada por **G. Gunther**, *Constitutional Law*, *cit.*, pp. 92-93; também **Galloway**, «Means-End Scrutiny...», *cit.*, p. 449, referindo-se a *means-end scrutiny tests*; **Gottlieb**, «Tears for Tiers of the Rehnquist Court», in *Journal of Constitutional Law*, vol. 4.2 (2002), pp. 350-371, esp. 362, aludindo a uma filosofia ou jurisprudência de fins e meios; **Volokh**, «Freedom of Speech...», p. 2418; menos sistematicamente, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1267, 1274, *passim*; **Jackson**, «Being Proportional...», *cit.* Embora a expressão não cubra todos os traços estruturais dos testes (por

Balancing é desde a sua génese um conceito ambíguo e polissémico⁵²³ e, para alguns dos seus críticos, até enigmático. Com essa expressão metafórica identifica-se essencialmente aquilo que é visto como um método de interpretação⁵²⁴, de raciocínio jurídico e de criação/aplicação do direito em situações de colisão ou conflito de interesses. No domínio constitucional, onde é familiar⁵²⁵, é entendido como método de interpretação e concretização da constituição em casos de colisão ou conflito de interesses constitucionalmente fundados, subjetivados ou não.

Quanto aos *standards* ou testes que presidem ao escrutínio das relações entre os fins de promoção dos interesses prosseguidos pelo governo⁵²⁶ e das medidas que visam atingir esses fins (nomeadamente legislação restritiva de direitos), tendo em conta, em alguns casos, as alternativas existentes, enunciam-se três graus de escrutínio (*tiers of scrutiny*): *rational basis* (ou *minimal scrutiny*), *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny*. Veremos, porém, que há quem proponha um quadro mais segmentado.

Balancing e *tiers of scrutiny* têm raízes dogmáticas e histórias desencontradas. Todavia o respetivo desenvolvimento resulta de uma estreita dialética entre eles. Para o presente estudo interessa averiguar até que ponto podem relacionar-se ou até conjugar-se. A proporcionalidade é um instrumento que, por um lado, aprecia a relação entre meios e fins e entre alternativas de meios e, por outro lado, incorpora episódios de ponderação de bens, interesses ou valores que pode ser comparada

exemplo, não cobre a operação de comparação do *the least restrictive means test*), damos-lhe saliência por ser uma ponte que facilita a comparação com o princípio clássico da proporcionalidade.

⁵²³ É significativo que alguns dos percursos iniciais da ideia de *balancing* de interesses, como **Pound**, tenham dedicado pouco tempo a delimitar adequadamente o conceito e a respetiva metódica aplicativa: cfr. **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 68.

⁵²⁴ A orientação de que o *balancing* é uma técnica de interpretação é partilhada por boa parte da doutrina (v., a título de exemplo, **Barak**, *Proportionality...*, *cit.*, que fala de *interpretive balancing*, ou **Novak**, «Three models...», *cit.*). Coloca-se, porém, a questão de saber se o *balancing* é sempre o mesmo, ou se varia como técnica de interpretação, argumentação e criação/aplicação do Direito.

⁵²⁵ O *balancing* não estará ausente de outros setores, mas a constituição é, por natureza, mais aberta, mais vaga (particularmente nas disposições sobre direitos), mais propensa à inserção de normas-princípio do que a generalidade das outras fontes normativas, pelo que o *balancing* tem aí uma aplicação mais extensa. Coincidente, **Novak**, «Three Models of Balancing ...», *cit.*

⁵²⁶ As expressões mais correntes na doutrina e na jurisprudência são as de interesses do Governo ou interesses do Estado (por exemplo, *compelling state interests* ou *important governmental interests*). Como notou **Gottlieb**, «Compelling Governmental Interests...», p. 919, a referência a interesses do governo (ou do Estado, acrescentamos) é errada, uma vez que esses interesses ou são da coletividade pública ou são inválidos. Aqui falaremos normalmente de interesses públicos, fugindo, neste campo, à terminologia preferida pelos autores americanos.

(embora talvez não assimilada) ao *balancing* tal como interpretado nos EUA. Importa averiguar se há *means-end scrutiny tests* que, além da vertente de exame da relação meio-fim, se conjuguem com, ou incorporem, uma dimensão de *balancing* em termos pelo menos nominalmente assimiláveis. O seu estudo e a identificação das eventuais zonas de sobreposição com os segmentos da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica traz subsídios úteis para a teoria geral da proibição do excesso e até para a compreensão – e eventual apreciação crítica – de alguns desenvolvimentos doutrinários recentes.

Pela sua estrutura, nem o *balancing*, nem os *means-end scrutiny tests* têm um âmbito de aplicação forçosamente circunscrito às normas legislativas restritivas de direitos constitucionais. Ambos podem ser aplicados em domínios onde não está em causa uma colisão entre direitos constitucionalmente protegidos e interesses públicos que a medida restritiva pretenda satisfazer. Sem embargo, daremos especial relevo à aplicação do *balancing* e dos *scrutiny tests* nesses ambientes, uma vez que o presente estudo se interessa primordialmente pelo papel do princípio clássico da proporcionalidade na conformação e no controlo dos atos legislativos restritivos de direitos fundamentais.

No desenvolvimento subsequente enfrentaremos um fator que tem sido notado: os *standards* norte-americanos, apesar de serventuários de uma visão neo-formalista⁵²⁷, são fragmentários, deficientemente teorizados⁵²⁸ e precários⁵²⁹. Alguns autores vaticinam a sua desagregação ou degeneração⁵³⁰. Por isso, qualquer conclusão sobre eles tem de ser considerada meramente provisória (notar-se-ão as frequentes formas cautelares utilizadas).

⁵²⁷ De novo formalismo fala **Massey**, «The new Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny», *cit.*

⁵²⁸ Alguns dos mais relevantes desenvolvimentos da jurisprudência dos testes, particularmente a partir da década de 1960, foram baseados em remissões de “cf.”, isto é, remissões para decisões anteriores que iam num sentido diferente, mas com alguma analogia com a *sub judice*, sem que nunca se chegasse a justificar adequadamente, do ponto de vista teórico, o novo desenvolvimento. Aludindo também a esta jurisprudência do “cf.”, v. **Siegel**, «The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny», *cit.*, p. 58.

⁵²⁹ Como assinala **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1285, o *strict scrutiny*, por exemplo, pode ser abandonado pelo Supremo Tribunal em qualquer momento. Dificilmente se poderia fazer semelhante afirmação em relação ao princípio da proporcionalidade, atendendo à sua filiação quase indisputada e direta em diversos pilares da ordem jurídica. Referindo-se também à possibilidade de instrumentalização estratégica dos testes americanos, em contraste com a proporcionalidade, **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 214 ss., 220.

⁵³⁰ V. **Shaman**, «Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny», *cit.*; **Massey**, «The new Formalism...», *cit.*

3. *Balancing*

3.1. O rasto histórico

O debate sobre o *balancing* só é compreensível se atendermos ao quadro global da cultura jurídica americana.

O pensamento clássico americano, essencialmente formalista, depositava a resolução das questões constitucionais numa perspectiva *definicional* ou *categorial* e não em avaliações do peso relativo dos valores ou interesses em presença, com prevalência dos mais importantes. Isto levava a que, particularmente quando estivesse em causa o paradigma “madsoniano” (FAIGMAN), baseado na contradição dilemática entre dois valores, o direito da maioria em decidir de acordo com a sua vontade e o direito dos indivíduos receberem proteção contra a interferência da maioria nas esferas particulares, a distribuição de poderes entre o Governo e os indivíduos era entendida como tendo um carácter absoluto. O Governo agia dentro de esferas identificáveis através da interpretação da Constituição, enquanto outras esferas permaneciam fora do seu alcance. Durante o século XIX, o Supremo Tribunal identificou os limites do poder do Estado através de definições e categorias que demarcavam as esferas de atuação legítima do Estado.

Entre o final do século XIX e o início do século XX, esse pensamento ortodoxo clássico, categorialista e formalista, sucedâneo da *Begriffsjurisprudenz* europeia, foi refutado, desfiado e parcialmente superado pelo pragmatismo de figuras como HOLMES, JAMES, DEWEY, POUND, CARDOZO, STONE ou CHAFEE e pelos realistas (apologistas de um programa similar à Escola de Direito Livre)⁵³¹. Essa crítica abriu, entre outras, a via à ponderação de interesses⁵³² (ao mesmo tempo que debate

⁵³¹ Embora, em certa medida, a ponderação de interesses também tenha sido uma resposta ao nihilismo realista: **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 963.

⁵³² Sobre a “pré-história” do *balancing* e o modo como o ambiente intelectual do início do século XX, formatado pelas orientações realistas, instrumentalistas e pragmáticas e até pelo desenvolvimento das ciências sociais, favoreceu a adoção do *balancing*, v., por todos, **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 41 ss.; **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», pp. 949 e ss.; **Faigman**, «Madisonian Balancing...», *cit.*, pp. 644 ss.; **Siegel**, «The Death and Rebirth...», pp. 214 ss. Sobre o debate formalismo-realismo **Neil Duxbury**, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon, Oxford, 1995.

semelhante se verificava na Europa, conduzido, designadamente, pela escola da *Interessenjurisprudenz* de HECK⁵³³).

A persistente querela que a doutrina e a jurisprudência constitucionais americanas mantêm há décadas⁵³⁴ no âmbito da Primeira e da Segunda Emendas e de outros domínios (*equal protection*, Quarta Emenda, *due process*, *dormant commerce clause*), sobre qual de duas abordagens - o *balancing* ou a *categorização* (*categorization*, *categorialism* ou *categorism*, entre as múltiplas expressões empregues) - é constitucionalmente correta no âmbito da fixação e aplicação de limites aos direitos constitucionalmente consagrados, em caso de colisão com outros interesses, é uma decorrência desse antagonismo básico entre duas correntes do pensamento jurídico americano⁵³⁵. Tal como o são outras querelas, como as de saber se as normas de direitos são *standards* ou regras (na Europa falar-se-ia de *model of principles* versus *model of rules*), o absolutismo e o relativismo e até o *interpretivism* e o *noninterpretivism*⁵³⁶.

Olhando para a jurisprudência constitucional americana, é impossível definir um momento "fundador" do *balancing*, ao invés do que sucede, por exemplo, na

⁵³³ *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1932.

⁵³⁴ Pelo menos desde a década de 1950. Entre muitos: **Alexander Meiklejohn**, «The First Amendment is an Absolute», in *Supreme Court Review*, 1961, pp. 245 ss. (do mesmo autor há outros estudos sobre o tema); **Frantz**, «The First Amendment...», *cit.*; **Mendelson**, «On the Meaning of the First Amendment...», *cit.*; **Paul Kauper**, *Civil Liberties and the Constitution*, University of Michigan Press, Michigan, 1962, pp. 111 ss.; **Bickel**, *The Least Dangerous Branch...*, *cit.*; **Thomas Emerson**, «Toward a General Theory of the First Amendment», in *Yale Law Journal*, vol. 72 (1963), pp. 877 ss.; **Charles Fried**, «Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court Balancing Test», in *Harvard Law Review*, vol. 76 (1963), pp. 755 ss.; **Shapiro**, *Freedom of Speech...*, pp. 76 ss.; **Samuel Krislov**, *The Supreme Court and Political Freedom*, The Free Press, New York, 1968, pp. 95 ss.; **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», *cit.*; **Frederick Schauer**, «Principles, Institutions and the First Amendment», in *Harvard Law Review*, vol. 112 (1998), pp. 84 ss.; **Branco**, *Juízo de ponderação...*, pp. 88 ss.; **Bomhoff**, *Balancing...*, *cit.*, pp. 124 ss. Para uma síntese deste debate, na doutrina portuguesa, cfr. **Novais**, *As restrições...*, p. 648.

⁵³⁵ A profunda fratura entre absolutistas/categorialistas e *balancers* foi notória no início da Guerra Fria, sobretudo a propósito da liberdade de expressão. Aqueles que pretendiam uma defesa mais forte dessa liberdade alinhavam em regra pelas posições absolutistas, os mais flexíveis pelo *balancing*. É o caso do confronto entre os juízes Frankfurter (*balancer*) e Black (absolutista), por exemplo, em *Dennis v. United States* (1951), *Barenblatt v. United States* (1959) e *Konigsberg v. State Bar* (1961): v. **Mark Silverstein**, *Constitutional Faiths: Felix Frankfurter, Hugo Black, and the Process of Decisionmaking*, Cornell University Press, Ithaca, 1984; **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 132 ss. Mais recentemente há novos confrontos como o do juiz Scalia com outros, por exemplo, em *District of Columbia v. Heller* (2008), um caso da Segunda Emenda: v. **Antonin Scalia**, «The Rule of Law as a Law of Rules», in *University of Chicago Law Review*, vol. 56 (1989), pp. 1175 ss.

⁵³⁶ Sobre isto, v., por todos, **John Hart Ely**, «Constitutional Interpretivism: Its Allure and Impossibility», *Indiana Law Journal*, vol. 53, Iss. 3, Article 2 (1978), consultado em Novembro de 2012 em <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol53/iss3/2>.

Alemanha (com o caso *Lüth*). Se nos cingirmos às situações geradas no âmbito da Primeira Emenda⁵³⁷, alguns autores encontram manifestações de *balancing* em casos do final dos anos 30 e do início dos anos 40 do século XX⁵³⁸. A linguagem do *balancing* terá estado latente no pensamento constitucional antes disso, mas não é possível comprová-lo inequivocamente⁵³⁹.

O que parece seguro é que, numa perspetiva geral que não se cinge à Primeira Emenda, não é apropriado falar-se da idade do *balancing* anunciada pela conhecida monografia de ALEINIKOFF⁵⁴⁰. Há várias idades ou vagas do *balancing* e não apenas uma. O *balancing* aparece inicialmente como uma criação doutrinal capaz de abrir a porta a políticas públicas corretivas dos excessos ou deficiências do individualismo e do mercado. Como vimos, o *balancing* começou por receber um impulso teórico com a filosofia progressiva do direito de ROSCOE POUND⁵⁴¹, contra os categorialistas/absolutistas defensores dos direitos económicos e da irrestrita liberdade contratual obstacularizadora de opções de política social do legislador (como o estabelecimento de durações máximas da jornada de trabalho) da era de *Lochner*⁵⁴². Depois, nos anos da Guerra Fria, assume o papel de peça central de uma

⁵³⁷ As dez primeiras Emendas (conhecidas por *Bill of Rights*) foram ratificadas em 1791. O texto da Primeira Emenda é o seguinte: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*”

⁵³⁸ Alguns autores admitem que a primeira decisão explicitamente baseada no *balancing* foi *Schneider v. New Jersey* (1939), um caso de liberdade de expressão: v. **Frantz**, «The First Amendment...», p. 1425; **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 964; **Siegel**, «The Death and Rebirth...», p. 214; **Faigman**, «Madisonian Balancing...», pp. 647 ss.; **Cohen-Elya / Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...», pp. 33 ss. Trata-se, todavia, de uma opinião não unânime. Algo diferentemente, **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 124, sugere *American Communications Association v. Douds* (1950), o primeiro caso do pós-guerra em que esteve em causa a luta contra expressões comunistas na sociedade americana; **McFadden**, «The Balancing Test», p. 586, reconhecendo embora que antes já houvera casos de *balancing* fora do direito constitucional, fixa os primeiros casos de *balancing* no campo de direitos constitucionais (como as liberdades de expressão e de associação, protegidas pela Primeira Emenda) no final dos anos 50, princípios dos anos 60 do século passado: por exemplo, *Barenblatt v. United States* (1959), *Wilkinson v. United States* (1961) e outros da mesma época.

⁵³⁹ Recorde-se o que se escreveu sobre proto-*balancing* no contexto da Dormant Commerce Clause. **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 964, identifica algumas decisões anteriores do *Supreme Court* onde se detetam vestígios de *balancing*; v., também, **Faigman**, «Madisonian Balancing...», pp. 647 ss.

⁵⁴⁰ O citado «Constitutional Law in the Age of Balancing».

⁵⁴¹ V. *The Theory of Social Interests*, de 1921 mas publicado vinte anos depois. Cfr. **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», pp. 958 ss.; **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 65 ss.

⁵⁴² Em *Lochner v. New York*, U.S. 198, pp. 45 ss., o Supremo Tribunal anulou legislação estadual que limitava o número de horas semanais que os padeiros poderiam trabalhar. Enquanto precedente seria especificamente revogado por *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), que declarou a

jurisprudência constitucional habilitante de derrogações ou interferências em direitos constitucionais. Nessa época, a "perigosa doutrina constitucional do *balancing*"⁵⁴³, violadora da genialidade de uma constituição escrita, legitimou a subordinação de direitos da Primeira Emenda, particularmente as liberdades de expressão e associação, a interesses supra-individuais invocados pelo Estado, sobretudo de defesa perante as chamadas "atividades antiamericanas"⁵⁴⁴. Apesar de se invocarem situações em que o *balancing* não esteve ao serviço da restrição da liberdade⁵⁴⁵, neste período o método foi essencialmente adotado pelos *low protectionists* do Supremo Tribunal, conjugado com um critério de *razoabilidade*⁵⁴⁶. Em sentido oposto postavam-se os *high protectionists*, que viam nas estratégias absolutistas e literalistas na interpretação e aplicação do âmbito normativo dos direitos um reduto mais favorável à proteção destes contra as

constitucionalidade do salário mínimo das mulheres. *Lochner* é o emblema de uma época, suscetível das mais apaixonadas posições. O "erro" de *Lochner* foi a ignição que suscitou - talvez equivocadamente, como **Hart** notou em certa altura - a crítica à filosofia do direito mecanicista (**Roscoe Pound**). A evitação desse erro tornou-se uma obsessão central do pensamento jurídico americano: **Rowe**, «*Lochner Revisionism Revisited*», in *Law & Social Inquiry*, vol. 24, 1 (1999), pp. 221-252, 223; **Branco**, *Juízo de ponderação...*, p. 90; **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 54. Todavia é desconcertante constatar que, apesar do inesgotável criticismo que suscitou, a linguagem de *Lochner* é muito similar à de julgamentos de proporcionalidade que mais tarde ocorreriam na Europa. Ali se questiona se o poder de polícia do Estado é uma "*unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract*", afirmando-se que "*the act must have a direct relation to the health and welfare of the employee, as a means to an end, and the end itself must be appropriate and legitimate*".

⁵⁴³ Juiz Black em *Communist Party v. Subversive Activities Control Board* (1961).

⁵⁴⁴ V., por exemplo, *American Communications Association v. Douds* (1950). Caso paradigmático foi o citado *Barenblatt v. United States* (1959), relatado pelo juiz Harlan, causado pela recusa de Lloyd Barenblatt de responder numa subcomissão do Congresso sobre o seu credo religioso e a sua pertença ou não ao Partido Comunista, estando em causa as liberdades de associação e de expressão. O Supremo Tribunal confirmou a condenação de Barenblatt. Sobre vários casos da década de 1950 e início dos anos de 1960, época em que uma maioria de *low-protectionists* do Supremo Tribunal (juizes Frankfurter, Harlan e outros) realizou reiteradas operações de *ad hoc balancing* (não obstante o próprio Frankfurter manifestar explícitas reservas a esse tipo de *balancing* em *Dennis v. US*), de que resultava invariavelmente uma atitude reverencial para com a leitura dos interesses públicos efetuada pelo legislador e pelo executivo, em prejuízo de direitos fundamentais, v. **Frantz**, «The First Amendment...», *cit.*; **Martin Shapiro**, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Create Space, 2011 (reimpressão); **Siegel**, «The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny», p. 22; *idem*, «The Death and Rebirth...», pp. 217 ss.; **Novais**, *As restrições...*, pp. 647 ss.; **Bomhoff**, *Balancing...*

⁵⁴⁵ V. **Robert B. McKay**, «The Preference for Freedom», in *New York University Law Review*, vol. 34 (1959), pp. 1182 ss.; **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1289 e **Siegel**, «The Death and Rebirth...», p. 214, invocam casos dos anos quarenta.

⁵⁴⁶ **Novais**, *As Restrições...*, p. 653; **Pirker**, *Proportionality...*, p. 169; **Siegel**, «The Death and Rebirth...», p. 219, assinala a proximidade com uma mera *rational basis review*. Cfr. **Edwin Baker**, «Unreasoned Reasonableness: Mandatory Parade Permits and Time, Place and Manner Regulations», in *Northwestern University Law Review*, vol. 78 (1983), pp. 937 ss.

intervenções potencialmente anti liberdade do Estado^{547/548}. Ultimamente, são conhecidas as posições do juiz conservador Scalia contra o potencial uso da metódica da ponderação⁵⁴⁹.

3.2. Distinção entre balancing e categorização

Apesar de todo o lastro histórico e doutrinal de muitas décadas, a distinção entre *balancing* e *categorização* é mais fácil em tese do que na prática.

O *balancing*, em caso de colisão entre um direito individual e um interesse público que implique uma interferência nesse direito, consiste na operação metódica de avaliação e comparação do peso concreto de cada um deles de modo a determinar qual o mais pesado e por isso prevalecente. Embora esteja ausente do panorama americano, usaremos aqui a linguagem *alexiana* familiar ao jurista europeu: os *balancers* pressupõem que as normas dos direitos têm a natureza de princípio, atribuindo-lhes tendencialmente um âmbito de proteção alargado e têm em conta as consequências da aplicação (*consequencialismo*). A sua “válvula de escape” é a atribuição de pesos diferenciados aos direitos em cada circunstância aplicativa, podendo alguns (ou algumas das suas dimensões) ceder⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ São expoentes desta corrente os juizes Douglas e Black (v. **Hugo Black**, «The Bill of Rights», in *New York Law Journal*, vol. 35 (1960), pp. 865-881). Os *high-protectionists* rejeitavam o *balancing* e refugiavam-se nesta ocasião numa posição essencialmente *absolutista* em relação aos direitos da Primeira Emenda, rejeitando como fundamento da sua restrição mesmo interesses do Estado de grande relevo (v. **Lucas A. Powe Jr.**, «Evolution to Absolutism: Justice Douglas and the First Amendment», in *Columbia Law Review*, vol. 74 [1974], pp. 371 ss.). **Siegel**, «The Death and Rebirth...», p. 214, aponta para uma leitura diferente, sustentando que havia várias correntes de *balancers* no Supremo Tribunal, uma mais reverencial para com o legislador – com um sentido quase equivalente ao *rational basis test* – outra mais ativamente protecionista (*high-protectionists*) dos direitos.

⁵⁴⁸ Como veremos ulteriormente, pode considerar-se o *strict scrutiny* (e o *intermediate scrutiny*) como alternativa, parcialmente contemporizadora, a essas duas visões conflitantes no contexto da jurisprudência constitucional americana.

⁵⁴⁹ V. o muito discutido *District of Columbia v. Heller* (2008).

⁵⁵⁰ V., por todos, **Sullivan**, «The Supreme Court, 1991 Term - Foreword: The Justices of Rules and Standards», in *Harvard Law Review*, vol. 106 (1992), pp. 22-123, 60.

Diferentemente, a *categorização*⁵⁵¹ rejeita o contrapeso de interesses, baseando-se numa pergunta que só admite uma resposta binária, de sim ou não, sobre se o caso cai numa categoria normativa pré-formatada. Por outras palavras, a metódica da categorização conduz o decisor a apurar o âmbito normativo do direito, incluindo os respetivos limites, e os factos relevantes, produzindo uma operação de subsunção⁵⁵² que desencadeia uma resposta binária pré-determinada, de *all or nothing*⁵⁵³. O categorialismo ordena os direitos em categorias e subcategorias, consagradas em normas-regra, com carácter absoluto, aplicáveis não importa quais os efeitos para os demais sujeitos ou para a comunidade (isto é, rejeitando o *consequencialismo*⁵⁵⁴). A estrutura formal do raciocínio jurídico dos categorialistas reconduz-se ao tradicional silogismo jurídico-formal baseado em regras. As “válvulas de escape” são semelhantes às que os absolutistas europeus usam quando se trata de resolver colisões (para eles, aparentes apenas) de direitos com outros bens, interesses ou valores: designadamente, as exceções às regras, as definições *restritivas* do conceito de restrição ou limitação de direitos (distinguindo-a da simples regulamentação de direitos), as interpretações *restritivas* do âmbito e conteúdo do direito e também aquilo que no contexto europeu se designaria de limites *imanentes*⁵⁵⁵. Esta última opção conduz, por exemplo, à exclusão do próprio âmbito de proteção do direito de algumas pretensões cuja cobertura *prima facie* um *balancer* poderia admitir (no direito americano é muito discutida a cobertura, ou

⁵⁵¹ Sobre o paradigma teórico do pensamento jurídico por categorias, **Blocher**, «Categorialism and Balancing ...», *cit.*; **Sullivan**, «Post-liberal Judging...», *cit.*; *idem*, «The Supreme Court, 1991 Term...», p. 58; **McFadden**, «The Balancing Test», *cit.*; **Barak**, *Proportionality...*, pp. 502 ss.

⁵⁵² Há quem veja categorização e subsunção como duas soluções binárias não totalmente equivalentes: assim, **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 46 ss. Todavia, o próprio autor reconhece que a diferença é somente de ênfase e de proeminência relativa (*ob. cit.*, p. 48).

⁵⁵³ V., por todos, **McFadden**, «The Balancing Test», pp. 589 ss., sobre a forma como era traçada a diferença: o silogismo jurídico formal estrutura-se numa premissa maior, constituída pela previsão e pela estatuição ou consequência contidas na norma-regra (“se x então y”), um premissa menor, constituída pelo facto ou acontecimento apurado (“registou-se x”), donde se segue uma conclusão (“deve acontecer y”). Obtém ganho de causa aquele que consegue enquadrar os respetivos interesses e ações nas categorias relevantes da preexistente norma. No *balancing* compara-se o peso dos interesses e factos competidores, prevalecendo aqueles a que se atribui maior peso.

⁵⁵⁴ Sobre isto **Gottlieb**, «Tears for Tiers...», p. 364.

⁵⁵⁵ Por isso se pode dizer que o absolutismo dos juízes **Black**, **Douglas** e de muitos críticos do *balancing* não era um mero instrumento analítico. Tinha uma importante dimensão retórica, uma vez que nenhum defendia realmente que os direitos em causa - particularmente a liberdade de expressão - podiam aspirar a uma proteção *ilimitada*, abrangente de todo e qualquer *quid* que a sua expressão textual pudesse cobrir: **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 186.

não, pela liberdade de expressão, da obscenidade, da pornografia infantil, do *hate speech* ou do incitamento à prática de crimes), embora provavelmente claudicassem na operação de ponderação⁵⁵⁶.

Apesar de se apresentarem como linguagens e metódicas antagónicas, não é impossível conjugar ou articular momentos subordinados a uma lógica categorial e momentos de *balancing*. Por exemplo, é teoricamente admissível que sob uma mesma norma se abriguem categorias de casos que caem no âmbito de proteção do direito e que beneficiam de proteção absoluta e outras categorias cuja proteção dependa de operações de *balancing* com interesses contrapostos⁵⁵⁷. Tal como é admissível que se sujeitem a *balancing* num primeiro momento comportamentos sobre os quais recai uma dúvida sobre se são ou não cobertos pela norma constitucional, valendo a solução encontrada não apenas para o caso concreto mas para todas as situações análogas, tornando-se doravante desnecessário o *balancing*⁵⁵⁸. Persistindo o antagonismo de partida, é talvez inviável a síntese, mas não é impossível o compromisso que limite os excessos ou as limitações de cada um⁵⁵⁹. Tipicamente, as tentativas de compromisso entre categorialismo e *balancing* passam por componentes estruturais dos *scrutiny tests* que estudaremos adiante, mas também por soluções que aproveitem as vantagens do *balancing* ao mesmo tempo que atenuam alguns dos seus inconvenientes mais proeminentes.

⁵⁵⁶ V. **Blocher**, «Categorialism and Balancing...», pp. 384, 387; **Novais**, *As restrições...*, pp. 650 e ss. Analisa, contudo, os *efeitos colaterais* do absolutismo mais extremo, forçado pelas suas premissas a excluir do âmbito de proteção dos direitos situações que uma perspectiva *evolutiva e dinâmica* deveriam estar abrangidas. Em última análise, pode suceder que afinal os absolutistas não sejam protecionistas mais consequentes do que os *balancers*.

⁵⁵⁷ Não se ignora a dificuldade de um debate conclusivo sobre onde é que termina a definição categorial e onde é que começa o *balancing* e quais as relações entre eles. Por exemplo, fazendo recordar certos posicionamentos europeus sobre a função da proporcionalidade na definição do âmbito de proteção do direito, **Blocher**, «Categorialism and Balancing...», p. 388, defende que a definição do que está excluído do âmbito de proteção constitucional de um direito pode requerer *uma espécie de teste de balancing* (a utilização da expressão “*uma espécie de*” é do autor). Por exemplo, a conclusão *categorialista* de que a liberdade de expressão não cobre o incitamento a ações ilegais não resulta do apuramento das categorias originais diretamente resultantes da norma constitucional, mas do contrapeso dos interesses contemporâneos à luz dos valores nucleares da Primeira Emenda (designadamente, a proteção do dissenso político). Haveria a aplicação de um método de *balancing* para a obtenção de um resultado categorial.

⁵⁵⁸ V. a discussão de várias dimensões desta combinação entre categorialização e *balancing* em **Blocher**, «Categorialism and Balancing...», pp. 387 ss.

⁵⁵⁹ Acentuando o estado de permanente tensão do ambiente doutrinal americano, **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 220, 232 ss.

3.3. O elogio e a crítica

3.3.1. O elogio

Boa parte das últimas décadas da doutrina e da jurisprudência constitucional americana, têm assistido a avanços e recuos em relação à adoção generalizada, ou não, do *balancing* na garantia e aplicação judicial dos direitos fundamentais⁵⁶⁰. O debate sobre os seus aspetos positivos e negativos é inesgotável⁵⁶¹.

A favor do *balancing* relevam, entre outros, os seguintes argumentos: (i) mesmo no plano simbólico corresponde à imagem mítica que temos da Justiça – uma balança⁵⁶²; (ii) é uma forma de trazer para a jurisdição constitucional a riqueza e a complexidade social; (iii) não encara as normas constitucionais como antecedentes ou premissas donde se deduz formalisticamente uma solução certa e segura, qualquer que seja o contexto e os interesses em presença, antes se preocupa com as consequências da decisão num mundo em rápida mutação que requer uma adaptação constante da resposta constitucional, promovida pelo legislador ou pelo juiz constitucional, cujo papel criativo já não é negado; (iv) implica uma ponderação particularizada e contextualizada de todos os interesses em causa numa controvérsia constitucional, os quais devem ser considerados na decisão; (v) mantém todos os interesses em jogo, garantindo flexibilidade, sem sacrificar a legitimidade da autoridade normativa, designadamente o juiz constitucional; (vi) com a sua neutralidade formal, facilita mudanças doutrinárias e jurisprudenciais em tempos de mudança social.

Na verdade, a técnica do *balancing* é neutra em relação aos interesses que são colocados em confronto. Em si, o método do *balancing* permite, por exemplo, ponderar interesses baseados na Constituição e outros sem essa credencial; ou

⁵⁶⁰ V., por todos, o debate em **Sullivan**, «Post-liberal Judging...», *cit.*; **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 143 ss.

⁵⁶¹ Apresenta-se aqui uma breve síntese especificamente centrada no caso americano. Adiante, no capítulo referente à ponderação, fornece-se uma visão panorâmica mais abrangente.

⁵⁶² Sobre as balanças da justiça como imagem que remonta aos tempos antigos, **Coffin**, «Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice», p. 19. Sobre a justificação do *balancing*, **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», pp. 953 ss.; **Faigman**, «Madisonian Balancing...», pp. 646 ss.

interesses de duas entidades governamentais; ou interesses não titulados por entidades governamentais⁵⁶³. No âmbito do *balancing* podem-se colocar em confronto, inclusive, direitos previstos na Constituição com interesses sem credencial constitucional. Para efeitos do presente trabalho, os casos mais interessantes de *balancing* são os que colocam em tensão interesses constitucionalmente fundados, individuais e públicos ou coletivos.

3.3.2. A crítica

Parte das críticas dirigidas ao *balancing* nos EUA coincidem com as que no quadro do pensamento europeu continental são endereçadas à ponderação realizada no contexto da proporcionalidade e.s.e.⁵⁶⁴, ou podem ser estendidas a esta⁵⁶⁵. Sem embargo, assumem contornos ou linguagens específicas que justificam a referência autonomizada⁵⁶⁶.

⁵⁶³ Aleinikoff, «Constitutional Law...», p. 947.

⁵⁶⁴ A aproximação entre o segmento da proporcionalidade em sentido estrito (ou até a proporcionalidade em sentido amplo, como parece ser o caso de **Cohen-Elya / Porat**, em numerosas passagens do seu «The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...».) e o *balancing* pode ser aceite, mas com as devidas cautelas. Cfr. *infra*, capítulo 17.

⁵⁶⁵ Sobre o tema, **Cohen-Elya / Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...», pp. 28 ss.

⁵⁶⁶ Neste sumário de críticas ao *balancing* seguimos, entre outras, as exposições de **Frantz**, «The First Amendment...», *cit.*; **Henkin**, «Infallibility under Law: Constitutional Balancing», *cit.*; **McFadden**, «The Balancing Test», *cit.*; **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», pp. 972 ss., e **Faigman**, «Madisonian Balancing...», pp. 648 ss. O primeiro, acusa o *balancing* de ter diluído (*watered down*) o inequívoco comando da Carta de Direitos. O segundo, é um adepto do *balancing*, mas não rejeita que as conclusões a que conduz podem ser por vezes demasiado simplistas e acríticas. O terceiro, preocupa-se com a possibilidade de o teste pôr em perigo as liberdades fundamentais, de diluir a separação entre poderes legislativo e judicial, de introduzir incerteza na aplicação jurisprudencial do direito e de não permitir que os cidadãos tenham uma visão clara de como será a aplicação do direito no futuro, desaconselhando a sua expansão para novas áreas e propugnando a sua exclusão de algumas já cobertas. O quarto, adota uma posição crítica ("o *balancing* tornou-se numa teoria jurídica mecânica", *ob. cit.*, p. 983), tendo como pano de fundo uma proposta alternativa ao *balancing* que, sem menosprezar a sua utilidade para a resolução de casos difíceis, propõe uma estratégia múltipla, não unitária, para compreender e interpretar a constituição, que mobiliza vários métodos («Constitutional Law...», p. 1002), mesmo que isso implique desistir de objetivos de precisão matemática e de ciência constitucional objetiva (p. 1003). O quinto, critica o *balancing* tradicional – defendendo, porém, que apesar de tudo ele não produz resultados piores do que o formalismo tradicional – e advoga um esquema modificado de *balancing*, que designa de *Madisonian balancing*. V., também, **Coffin**, «Judicial Balancing...», *cit.*; **Novais**, *As Restrições...*, pp. 653 ss.; **Barak**, *Proportionality...*, pp. 521 ss.; **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 143 ss.

Contra o *balancing* enunciam-se críticas, (i) internas - geradas pela sua própria metódica - e (ii) externas, no contexto mais vasto da sua função e impacto no direito constitucional, na interpretação constitucional e na constituição⁵⁶⁷.

3.3.2.1. Críticas internas

O *balancing* (i) gera decisões que contêm uma irrealista pretensão de precisão. Ora, em certas circunstâncias está realmente em causa a medição e a comparação de linhas com pedras⁵⁶⁸ (ou, em bom português, de alhos com bugalhos), isto é a "*medição do que não é mensurável e a comparação do incomparável*"⁵⁶⁹. Não sendo possível conceber um critério objetivo que permita a medição (uma *common currency*) do que se pretende comparar, aquela pretensão de precisão só se consumaria se pudesse haver uma diminuição drástica da carga de subjetividade do decisor. Isso implicaria a definição de uma escala de valores completamente intersubjetivável, aplicável na operação de *balancing*. Sendo tal inviável, por regra os pesos relativos são dados e não argumentados ou demonstrados, caindo-se inevitavelmente no subjetivismo ou na simples dissimulação, lateralização ou camuflagem da ausência de verdadeiros critérios⁵⁷⁰. Por outro lado, o *balancing* (ii) tolera ou potencia uma perspetiva expansiva dos interesses relevantes, uma vez que convoca, virtualmente, um universo amplo de interesses, incluindo interesses sem base constitucional, complexificando a operação de contrapeso. Isso traduz-se (iii) num rol de exaustivas razões e argumentação que muitas vezes obscurecem o seu real sentido. (iv) O mecanismo de contrapeso dos interesses permanece um mistério e os respetivos resultados não são nem opiniões, nem argumentos a que possamos aderir ou que nos possam mobilizar, são simples demonstrações. O *balancing* (v) não evita que alguns interesses - mesmo que relevantes - não sejam

⁵⁶⁷ A dicotomia entre críticas internas e externas é recebida, por exemplo, por **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», pp. 972 ss.

⁵⁶⁸ De acordo com o muito popular *dictum* do juiz Antonin Scalia em *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enter., Inc.* (1988).

⁵⁶⁹ **Frantz**, *apud Aleinikoff*, «Constitutional Law...», p. 972. O tema da *incommensurability* será versado no local próprio (*infra*, capítulo 17).

⁵⁷⁰ Exemplificando algumas das estratégias de "fuga" ou dissimulação, **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», pp. 975 ss.

percecionados ou considerados, nem evita (vi) o inadequado e inaceitável tratamento nivelado de interesses constitucionais e interesses não constitucionais. Finalmente, (vii) em ordenamentos que conferem relevância ao precedente, como o dos EUA, a invocação de decisões anteriores para a decisão de novos casos torna-se em muitos casos inviável, uma vez que a tendência é para se realizar inevitavelmente o *ad hoc balancing*⁵⁷¹.

3.3.2.2. Críticas externas

Críticas externas *ao balancing*: (i) baseia-se numa – e promove uma – conceção inapropriada do direito constitucional, entregando ao juiz o papel que a sociedade pretendeu entregar ao legislador; ou, noutra formulação, constitui um método similar ao usado pelo legislador, o método de micro-sopesamento dos custos e benefícios⁵⁷²; (ii) enfraquece o direito constitucional e a constituição, que deixa de ser vista como o ponto central da interpretação constitucional, passando o debate constitucional a centrar-se na razoabilidade da conduta do Governo; (iii) num regime de *balancing* um argumento extraído da constituição deixa de ser um *trunfo* para passar a ser uma simples carta do mesmo naipe com valor superior; (iv) pressionados pela exigência de cientificidade e de objetividade, os juízes são forçados a adotar um jargão inspirado na economia: a paisagem constitucional passa a estar pejada de equações e de análises custo-benefício, em vez da

⁵⁷¹ O *ad hoc balancing* é criticado, sobretudo, quando o órgão de fiscalização da constitucionalidade não logra sequer definir ou apresentar um critério constitucional que substancie a operação de contrapesos entre direitos e interesses públicos contrapostos: v. **Faigman**, «Madisonian Balancing...», *cit.*, p. 691.

⁵⁷² Como observa **Faigman**, «Madisonian Balancing...», pp. 653-655, o "trauma" do juiz-legislador é tão antigo quanto a *judicial review*, pelo que não pode ser associado unicamente ao *balancing*. Quanto à equivalência das operações de *balancing* do legislador e do juiz constitucional, o autor mostra que embora haja pontos de coincidência, ela não é total: se bem que o processo se assemelhe, o conteúdo, a natureza e o âmbito das tarefas do legislador e do juiz são diferentes. Desde logo, o legislador pondera fatores, incluindo razões e considerações de natureza estritamente política, que vão além dos ponderados pelo juiz. Este está obrigado a ponderar simplesmente argumentos de natureza jurídico constitucional no que toca aos direitos afetados. Na definição do peso dos direitos, o tribunal não está obrigado a deferência perante o legislador. No que toca aos interesses do outro lado da equação, o tribunal mede a natureza dos interesses e a eficácia dos meios, tal como entendidos pelo legislador. Quanto a isso, embora o fiscalize, o tribunal baseia-se no juízo do legislador. Na avaliação do resultado do contrapeso, o tribunal está constitucionalmente obrigado a um juízo independente.

argumentação constitucionalmente fundada a favor de escolhas constitucionais difíceis.

Outras críticas de menor relevo são por vezes apontadas.

3.3.2.3. Avaliação das críticas

Não podemos minimizar a relevância de algumas destas críticas. Mas delas não podemos partir para o simples dismantelamento do *balancing*, até porque as mais relevantes acabam por afetar todos os métodos de interpretação e aplicação constitucional⁵⁷³.

Mesmo os seus críticos são forçados a admitir que ele deve ser executado em situações de emergência⁵⁷⁴. E quem reconhece que o *balancing* é uma solução, porventura a única, para *hard cases*⁵⁷⁵, não pode nas linhas seguintes sustentar que ele não é inevitável⁵⁷⁶. Quem aceita a aplicação em certos casos extremos e raros, dificilmente pode sustentar que o *balancing* é uma técnica de interpretação

⁵⁷³ O argumento é de **Faigman**, «Madisonian Balancing...», p. 651.

⁵⁷⁴ Note-se que em relação a algumas Emendas, como a 4.^a, que proíbe buscas e detenções *desrazoáveis* ou a 8.^a, que proíbe cauções e multas *excessivas*, nem os detratores ou opositores do *balancing* rejeitam que ele seja determinado pela própria Constituição: frisando isso, **Blocher**, «Categorialism and Balancing...», p. 401.

⁵⁷⁵ Apesar de muito crítico em relação ao *balancing*, é essa a posição de **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 1000: “I am willing to assume that [*Home Building & Loan Association v. Blaisdell*]...is a balancing opinion and, moreover, that it reflects a proper use of balancing. But to recognize a role for balancing in the extreme and rare case is not to demonstrate its validity as a mode of interpretation for the vast majority of constitutional cases”. E mais adiante (p. 1003): “There may not always be a preferable alternative to balancing”. *Balancing* seria, por conseguinte, a *ultima ratio*, o método de interpretação constitucional a adotar quando todos os outros claudicassem. Para o autor (pp. 1001-1002), os interesses governamentais devem ser considerados no âmbito da própria definição dos direitos constitucionais e não contrapesados com esses direitos fundamentais (**Gottlieb**, «Compelling Governmental Interests...», *cit.*, p. 973, considera as abordagens logicamente similares, embora bastante diferentes do ponto de vista retórico). A distanciação de **Aleinikoff** em relação ao *balancing* tem como pano de fundo o duradouro debate entre duas visões da interpretação constitucional, protagonizadas pelos Juizes Black e Frankfurter. O primeiro argumenta que os direitos constitucionais devem ser vistos como regras categóricas que inibem o Governo de certos tipos de atividade; o segundo não admite categorias absolutas e prefere um balanceamento equitativo dos interesses: sobre este debate, o clássico **Bickel**, *The Least Dangerous Branch...*, *cit.* Porventura, a primeira visão, absoluta, confere demasiada proteção, enquanto a segunda confere proteção deficitária dos direitos. O *strict scrutiny*, que **Aleinikoff** não aborda no seu trabalho de jovem professor que temos vindo a citar, pode ser considerado um compromisso entre as duas orientações extremas.

⁵⁷⁶ **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 1001.

constitucional pernicioso. Quanto muito, pode sustentar-se que nem todas as aplicações do *balancing* são desejáveis e que em certos domínios – como o dos direitos fundamentais – se deve ter uma postura de *self restraint*, protegendo os respetivos núcleos essenciais de qualquer operação de ponderação ou relativização. E certamente não se pode ir tão longe quanto as teses que admitem uma *supremacia judicial estrutural*, como preço que a sociedade paga para manter um sistema de justiça constitucional protetor dos direitos individuais⁵⁷⁷. Em democracia representativa, a supremacia estrutural deve continuar a caber ao legislador. Por outro lado, algumas destas críticas só valem para o chamado *ad hoc balancing*⁵⁷⁸. Com este procura-se exclusivamente uma solução para o caso, sem ter em conta *standards* resultantes de operações semelhantes de *balancing* realizadas no passado, nem procurar a *universalização* através da projeção em casos idênticos futuros. O *ad hoc balancing* coincide com aquilo que a comunidade académica geralmente entende que o Supremo Tribunal realiza quando contrapesa interesses⁵⁷⁹.

Em contrapartida, parte das críticas não chegam a atingir o *definitional balancing*, aquele que é realizado pelo legislador na superação de colisões, mas também pelo juiz constitucional, particularmente nos casos em que funciona o sistema do precedente fixado pelo Tribunal superior. Nesta modalidade, embora a operação de *balancing* parta dos dados do caso concreto, abstrai-se dele, procurando estruturar, a partir dos interesses contrapostos, categorias e conceitos abstratos que permitam criar um critério geral de decisão aplicável em casos futuros em termos dedutivos. A ponderação do peso dos interesses é mais abstrata do que concreta⁵⁸⁰. O *definitional balancing* pode ser visto como uma terceira via ou proposta de síntese

⁵⁷⁷ Sweet, «All Things in Proportion?...», pp. 10-11.

⁵⁷⁸ V. Nimmer, «The Right to Speak ...», pp. 939 ss.

⁵⁷⁹ Bomhoff, *Balancing...*, p. 171.

⁵⁸⁰ V., por todos, Nimmer, «The Right to Speak...», pp. 941 ss. Além de *New York Times v. Sullivan* (1964), que Nimmer estuda, outro exemplo de combinação entre categorialismo (ou absolutismo) e *balancing* é *Central Hudson Gas & Electric Corp v. Public Service Commission* (1980), que invocaremos adiante como um dos mais interessantes casos de *intermediate scrutiny*. As definições podem adaptar-se ao ambiente da proporcionalidade: por exemplo, Clérico, *El examen...*, p. 181, nota a proximidade do *definitional balancing* com o que designa de *ponderação orientada por regras*.

entre as perspectivas categorialista/absolutista e a ponderação *ad hoc* de interesses^{581/582}.

4. Os três níveis de escrutínio

4.1. A formação dos três níveis de escrutínio

Os diferentes *levels of scrutiny* são o resultado da parcial reformulação do paradigma formalista clássico que prevaleceu quase incontestadamente no pensamento jurídico-constitucional e na conceção dos direitos constitucionais durante muito tempo e ainda continua fortemente enraizado na doutrina e na jurisprudência constitucionais dos EUA. O pano de fundo dessa conceção dos direitos são os pilares em que os *founding fathers* depositaram a Constituição americana.

A interpretação *originalista* sustenta que a Constituição estabelece limites à ação do Governo em sentido amplo: limites à atuação da União face aos estados; limites à atuação do executivo face ao legislativo e ao judicial e vice versa; limites à atuação dos estados; e, sobretudo, limites à intervenção na esfera de liberdade e nos direitos dos cidadãos. No ambiente do pensamento jurídico-constitucional clássico, quando se tratava de definir o que o legislador e o executivo podiam e não podiam fazer, o Supremo Tribunal limitava-se a definir categorialmente, de forma desejavelmente objetiva, “quase-mecanicista”, as fronteiras conceituais dos direitos e da esfera de intervenção do Congresso e dos estados, tal como originalmente pretendidas pelos *founding fathers*⁵⁸³. Na conceção dominante, as duas esferas não se sobrepunham e havia apenas que determinar os seus limites, sem qualquer exercício de contrapeso dos direitos com os interesses do Estado. Para essa conceção, os

⁵⁸¹ Assim, **Nimmer**, «The Right to Speak...», p. 671; **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 214; **Petersen**, «How to Compare...», p. 1399.

⁵⁸² **Siegel**, «The Death and Rebirth ...», *cit.*, pp. 227 ss., sumariza a querela sobre qual o “melhor” *balancing* na perspectiva da defesa das liberdades individuais. Olhando não para o resultado da operação, mas para a liberdade do juiz em ponderar mais ou menos interesses, **Luizzi**, «Balancing of Interests in Courts», pp. 377 ss.

⁵⁸³ Sobre o pensamento jurídico clássico, **Duncan Kennedy**, «Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal thought in America, 1850-1940», in *Research in Law and Sociology*, Vol. 3 (1980), pp. 3 ss., esp. 6-8; **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1285.

direitos, enquanto limites à intervenção do legislador e do executivo, devem ser entendidos como real ou tendencialmente absolutos, categorialmente definidos (através de normas com estrutura de regra, de aplicação binária). Nesse contexto, a validade das manifestações de autoridade, mormente legislativa, dependia da sua permanência dentro dos limites constitucionais.

Sem colocar em causa aquela conceção dos direitos, a partir do final do século XIX o Supremo Tribunal inclui na sua jurisprudência também exigências de razoabilidade ou *reasonableness*. A exigência de *reasonableness* tinha o sentido de *não arbitrariedade* ou de simples proibição do arbítrio. Não expressava necessariamente o controlo da relação entre os meios e os fins que viria a caracterizar os *scrutiny tests* concebidos a partir da década de 1940, mas sim o controlo da medida em si, na sua dimensão intrínseca⁵⁸⁴. Era invocada nos casos da legislação de regulação económica, mas também emergia em situações de restrições de liberdades cobertas pela Primeira Emenda, como as liberdades de expressão ou de religião, ou que definissem diferenciações com base na raça⁵⁸⁵. Este padrão perdurou solitariamente pelo menos até ao final da chamada era *Lochner*⁵⁸⁶.

Apesar de ser um antecessor do muito deferencial *rational basis test* (ou *minimal scrutiny test*), que surgiria algumas décadas mais tarde, a *reasonableness* não podia ser entendida como um *standard* inócuo, materializador de uma atitude de deferência judicial para com o legislador. Aliás, *Lochner* e outras decisões, anteriores e posteriores, promanadas a partir do final do século XIX, expressavam uma atitude

⁵⁸⁴ V. alguns exemplos de precursores e de casos de aplicação da *reasonableness* e da rejeição de soluções *arbitrary*, a partir do final do século XIX, em **Bennett, "Mere" Rationality...**, pp. 1051 ss.: *Gulf Colorado & Santa Fe Railway v. Ellis* (1897), *Lochner v. New York* (1905), *F. S. Royster Guano v. Virginia* (1920) e a (porventura) última decisão da era *Lochner*, *Thompson v. Consolidated Gas Co* (1937). Estavam em causa classificações de categorias, definições dos limites dos poderes de polícia, etc. Hoje, o *standard* poderá estar a re-emergir em certas áreas: **David D. Meyer**, «Lochner Redeemed: Family Privacy After Troxel and Carhart», in *UCLA Law Review*, vol. 48 (2001), p. 1133 (consultado em Outubro de 2012 em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=288816), citando, por exemplo, *Stenberg v. Carhart* (2000) e *Troxel v. Granville* (2000), argumenta que o Supremo Tribunal Americano, depois de, até certa altura, sujeitar algumas restrições de direitos e liberdades relacionados com a privacidade familiar ao teste do *undue burden* (cfr. *infra*, no contexto dos *intermediate scrutiny tests*) e outras ao *strict scrutiny*, estaria a dar indicação de submeter as controvérsias que envolvem a privacidade familiar a um *standard* comum de "*reasonableness*". Tendo em conta a sua circunscrição a uma área delimitada, não elaboraremos aqui sobre esse teste.

⁵⁸⁵ **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1287.

⁵⁸⁶ *Lochner v. New York* (1905), U.S. 198, pp. 45 ss. (v. *supra*). Do ponto de vista formal, o final da época de *Lochner* é marcado pela sua revogação ou reversão por *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), que declarou a constitucionalidade do salário mínimo das mulheres.

não deferencial para com o legislador⁵⁸⁷, promovendo uma proteção absolutista ou categórica de algumas liberdades económicas, designadamente a liberdade contratual, contra intervenções alegadamente corretivas do legislador⁵⁸⁸. Ocorre nesta época uma espécie de auto rutura, uma vez que o tribunal, sem alterar formalmente os parâmetros de escrutínio, adotou a partir do final do século XIX e até ao *New Deal* uma versão mais interventiva da *judicial review*, que implicou a anulação, antes de 1937, de muitas leis de incidência e de reforma económica.

A visão clássica da natureza absoluta dos direitos foi desafiada pela demonstração de que a imunização dos direitos em relação ao exercício dos poderes governamentais é insustentável. Por essa brecha do absolutismo entrou o *balancing*, como vimos, mas também os diferentes testes e níveis de escrutínio, todos eles em alguma medida tributários de um pensamento *consequencialista*⁵⁸⁹.

Estes testes têm na sua base a aceitação gradualmente consolidada de que os direitos podem ser objeto de limitações ou de interferências promovidas pelo legislador quando se trata de prosseguir certos fins. O direito terá de ceder se a não cedência tiver efeitos ou consequências de não satisfação de determinados interesses. Ou, numa formulação positiva, o direito cede quando a cedência visar determinados efeitos ou consequências com uma determinada configuração. Nesta medida, assumem lugar central a determinação e qualificação dos interesses que justificam em cada caso a relativização ou cedência dos direitos (*valid, legitimate, important, significant, substantial, compelling* e várias outras designações, todas elas com um sentido próprio, embora instável) e possibilitam a identificação do nível (*tier*) de escrutínio aplicável, considerada a matéria (isto é, a posição jurídica subjetiva afetada).

⁵⁸⁷ Sobre isto, v., por todos, **White**, «Historicizing...», *cit.*, p. 94.

⁵⁸⁸ Em causa estava, por exemplo, a limitação legal do horário de trabalho de mineiros, mulheres ou padeiros, dos preços de revenda dos bilhetes de teatro ou dos honorários das agências de emprego: v. **White**, *idem*.

⁵⁸⁹ Não cabe neste estudo o desenvolvimento sobre o fundamento ou a estrutura filosóficos dos *tiers of scrutiny*, designadamente o seu divórcio em relação a uma perspetiva estritamente *kantiana*, baseada no imperativo categórico e na desvalorização da comparação, e a sua filiação em correntes de pensamento consequencialistas (saber o que é bom ou mau é avaliado pelas suas consequências) ou a sua convivência com versões do utilitarismo (que são um tipo específico de consequencialismo, uma vez que avaliam as medidas de acordo com as consequências em termos de acréscimo de felicidade através do menor sacrifício): cfr. sumariamente **Gottlieb**, «Tears for Tiers...», pp. 361 ss. e bibliografia aí citada.

A aplicação destes testes pode passar sem a execução de operações de *balancing*: a importância, significado e intensidade de satisfação do interesse público promovido não tem de ser contrapesado com o direito objeto da interferência. Incontornável é simplesmente uma avaliação *unilateral* da importância do interesse prosseguido por forma a apurar se ela atinge o nível exigível (variável de teste para teste) para justificar a interferência. Veremos, todavia, que nos níveis mais exigentes ou mais complexos destes testes, a esta operação elementar se podem agregar outras, incluindo até de *balancing*.

No tocante à delimitação e juízo sobre o fim prosseguido, sua legitimidade, importância, imperatividade e urgência, há uma diferença entre o caso dos EUA e a generalidade dos outros ordenamentos jurídicos. Nestes, as constituições e os instrumentos de direito internacional fixam (ou estabelecem os parâmetros que o legislador deve respeitar quando fixa) os interesses que justificam a limitação de direitos, competindo ao juiz constitucional a mera verificação da conformidade constitucional do fim. No ordenamento constitucional americano a identificação e qualificação pelo juiz dos interesses invocados pelo legislador como fundamento para uma intervenção ocupa um lugar mais central e requer um exame mais profundo (mas também mais incondicionado) no contexto da metódica do controlo das interferências em direitos.

De modo desfasado no tempo e cumprindo um processo de gradual sedimentação, a jurisprudência constitucional americana começou por conceber o *rational basis test* (ou *minimal scrutiny test*) numa versão inicialmente muito reverencial, aparente continuador do teste da *reasonableness*⁵⁹⁰. Pela mesma altura, começou a lançar as fundações do *strict scrutiny test*⁵⁹¹. Mais tarde nasceria o *intermediate scrutiny*

⁵⁹⁰ Sobre o contexto em que se dá esta evolução, **Gottlieb**, «Compelling Governmental Interests...», *cit.*, pp. 921, ss.; **White**, «Historicizing...», *cit.*, pp. 104 ss. **Bennett**, «*"Mere" Rationality...*», pp. 1053 ss., considera o *rational basis* uma continuação da *reasonableness*. Pode, porém, traçar-se uma diferença importante: o primeiro, como se verá, é uma fórmula de análise da relação entre meios e fins, enquanto a segunda não o era forçosamente.

⁵⁹¹ Confrontado com a questão de saber se todo e qualquer direito ficaria protegido apenas através do deferencial *rational basis test*, o Supremo Tribunal passou a sinalizar, a partir de *Jones v. City of Opelika* (1942-1943), que haveria direitos que ocupariam uma posição *preferred* –ulteriormente, *preferred rights* –, sujeitos a uma proteção mais intensa. **Gottlieb**, «Compelling Governmental Interests...», p. 923, recua um pouco mais, até *United States v. Carolene Products* (1938). Contudo, como se verá de seguida no texto, a estruturação do *strict scrutiny* e a definição do que cabe dentro dos *preferred rights* teria de aguardar mais de duas décadas. Sobre isto, v., por exemplo, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1287 ss.

test⁵⁹². Não se exclui a combinação com outros testes⁵⁹³.

Embora a sua estrutura tenha raízes nos primórdios do constitucionalismo americano⁵⁹⁴, a literatura conhecida não regista precipitações dos modernos *standards* de escrutínio antes do colapso da era *Lochner*, no último terço dos anos de 1930⁵⁹⁵.

A partir de 1937 o *Supreme Court*, em ambiente de *New Deal*, abandonou a visão até aí preponderante e passou a adotar uma atitude mais reverente e permissiva em relação aos fins do governo, designadamente em relação à legislação que materializava opções económicas e intervinha na liberdade contratual e no direito de propriedade. Perfila-se o teste da *rational basis review*, expressão da atitude de deferência⁵⁹⁶ para com os fins legítimos do governo, conceito que assumia uma grande amplitude⁵⁹⁷.

⁵⁹² Esta é a “arrumação” mais simples e mais consensual. Há versões mais elaboradas como a que distingue *heightened protection* e *rationality review*: v. **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», *cit.*, p. 453 e **Siegel**, «The Origin of the Compelling State Interest...», p. 6. Este último define “*heightened protection*”, como a regra, *standard* ou instrumento analítico que confere a um direito constitucional mais segurança do que a proteção mínima do exame de racionalidade (*rationality review*). O *strict scrutiny* é apenas uma das formas de *heightened protection*, juntamente com o *intermediate scrutiny* e o *rational basis* reforçado (*with a bite*), que o autor designa de *minimal scrutiny with a bite*, salientando que na jurisprudência do *Supreme Court* não se faz uma separação clara com o teste do *valid purpose requirement* (p. 7, nota). Na jurisprudência e na doutrina mais influentes não vingaram propostas mais complexas como a de **Galloway**, *idem*, pp. 451 ss., que distingue *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny*, *sub-intermediate scrutiny*, *somewhat heightened scrutiny*, *non deferential rationality review* e *deferential rationality review*, além de outros tipos de controlos dos meios-fins de natureza híbrida.

⁵⁹³ Por exemplo, testes que se aproximam do que na Europa seria designado de proteção do conteúdo essencial do direito ou do preceito constitucional. Assim, em situações de escrutínio de leis que restrinjam a liberdade de expressão de acordo com critérios de tempo, lugar e modo, tem de ser demonstrada, além da importância do interesse exigível no quadro do *scrutiny test* aplicável, a neutralidade da medida em relação ao conteúdo (não configurar uma situação de censura) e que existem canais alternativos de expressão abertos. Salientando este aspeto, **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», *cit.*, p. 460; sugerindo não apenas a possibilidade mas até a necessidade de conjugar os testes de cada um dos modelos - *strict scrutiny*, proporcionalidade, testes de probabilidade - **Cohen-Eliya / Stopler**, «Probability Thresholds...», pp. 105 ss.

⁵⁹⁴ Cfr., por exemplo, **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», *cit.*, p. 483, que defende que a estrutura do *rational basis test* já estaria estabilizada no século XIX; substancialmente no mesmo sentido, **F. Hessick**, «Rethinking the Presumption of Constitutionality», pp. 1451 ss.

⁵⁹⁵ Para uma visão global, pode, por exemplo, consultar-se **Chemirinsky**, *Constitutional Law...*, *cit.*

⁵⁹⁶ A discussão sobre a *judicial deference* e respetiva noção é vasta. V. **Paul Horowitz**, «Three Faces of Deference», in *Notre Dame Law Review*, vol. 83 (2008), pp. 1061 ss. V. a definição de **Robert Shapiro**, «Judicial Deference and Interpretive Coordinacy in State and Federal Constitutional Law», in *Cornell Law Review*, vol. 85 (2000), p. 665: a deferência judicial traduz-se em que o tribunal, baseado na interpretação de outro ramo do governo, chegue a uma conclusão diversa daquela a que chegaria de outro modo. Rejeitando enfaticamente qualquer lugar para a noção de deferência – particularmente em sede de fiscalização da proporcionalidade – v. **Barak**, *Proportionality...*, p. 399.

⁵⁹⁷ **Siegel**, «Origin of the Compelling State Interest and Strict Scrutiny», *cit.*, p. 6.

O *strict scrutiny* estrutura-se depois, de forma assistemática. Não havendo uma única versão sobre as suas origens, a sua configuração moderna ou acabada⁵⁹⁸, conluída por volta da década de 1960⁵⁹⁹, coincide com o momento em que o

⁵⁹⁸ De versão moderna fala **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny...», pp. 1267 ss. Como veremos, “acabada” não significa totalmente estruturada, consolidada ou cristalizada, registando-se oscilações ao longo dos vários períodos e a propósito dos vários núcleos de aplicação. Sublinhando a sucessiva clarificação estrutural do *strict scrutiny*, **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 34 ss.; **Siegel**, «The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny», *cit.*

⁵⁹⁹ As afirmações sobre o momento do acabamento e sobre as origens devem ser, no mínimo, rodeadas de cautela. A maior parte dos autores converge na indicação de que a versão atual do teste passou a ser abertamente empregue na década de 1960. Contudo, as suas origens são controversas. Na perspectiva de alguns, o *strict scrutiny* terá representado simplesmente o renascimento e alargamento (ou até derivação) do *clear and present danger test*, na reformulação sofrida na década de 1940 (v. *Thomas v. Collins*, 1945) no contexto da proteção reforçada de liberdades da Primeira Emenda, que o transformou em limite às restrições. Todavia, esta reformulação nem sempre foi consequente, particularmente na década de 1950, início da década de 1960. Nos termos daquela interpretação, os direitos individuais da Primeira Emenda poderiam ser suplantados apenas em casos de *eminente ameaça de um mal substancial*. V. **Siegel**, «The Death and Rebirth...», pp. 212, 216, 223 ss.; **Novais**, *As restrições...*, p. 931. Contudo, também se pode colocar a interrogação sobre se o *strict scrutiny* não terá realmente origem na abordagem pré *New Deal* do Supremo Tribunal à *Commerce Clause* e, mais tarde, aos direitos de propriedade, muito antes, portanto, da sua emersão em casos relacionados com a *First Amendment* e a *equal protection*: v. **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 31. **David Bernstein**, «The Conservative Origins of Strict Scrutiny», in *George Mason Law Review*, vol. 19, n.º 4 (2012), p. 870, procura demonstrar, através de alguns casos de segregação racial ou linguística que, ao contrário do que é entendimento dominante, a doutrina moderna do *strict scrutiny* teve antecedentes mais ou menos ocasionais em decisões produzidas pela maioria conservadora do Supremo Tribunal na era pre-*New Deal*; **Winkler**, «Fatal in Theory and Strict in Fact...», p. 798, alerta para que a expressão não surge originalmente nas controvérsias constitucionais, mas sim em casos de direito privado, no século XIX. Por outro lado, há uma referência a um “*more searching judicial scrutiny*”, isto é, um escrutínio judicial mais vigoroso do que o do *rational basis scrutiny*, no contexto de casos de direitos fundamentais e de discriminação racial de minorias, na muito citada nota de rodapé número 4 de *United States v. Carolene Products* (1938), uma das decisões mais importantes da era do *New Deal* e da reversão do precedente de *Lochner v. New York* (1905). A essa referência seguem-se outras ao longo da década de 1940: v. **G. White**, «Historicizing...», pp. 123 ss. Nessa linha, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1274 ss., salienta que o *strict scrutiny* não surgiu do nada, aludindo também, a propósito, a casos da década de 1940 que contêm referências textuais passageiras a *strict scrutiny* (*Skinner v. Oklahoma*, 1942, um caso de *equal protection*) e a *most rigid scrutiny* (*Korematsu v. United States* 1944; o autor rejeita afirmações de que este foi o primeiro caso de aplicação do teste). De resto, seriam percursos da versão moderna do teste casos respeitantes à restrição da liberdade de expressão (*Speiser v. Randall*, 1958, *NAACP v. Button*, 1963, este já com referência ao *compelling interest* e a uma fórmula similar ao requisito da *narrow tailoring*), à restrição da liberdade de associação (*Bates v. City of Little Rock*, 1960, *Shelton v. Tucker*, 1960, *Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee*, 1963), a classificações baseadas na raça (por exemplo, *McLaughlin v. Florida*, 1964), a restrições da liberdade de religião (*Sherbert v. Verner*, 1963) e a *due process clause* (voto de vencido do juiz Goldberg em *Griswold v. Connecticut*, 1965). Para o autor (*idem*, p. 1282), foi em *Shapiro v. Thompson* (1969), um caso de direitos fundamentais decorrentes da *equal protection clause*, que a moderna versão do *strict scrutiny* fez a sua primeira aparição sem ambiguidade. Não obstante, admite que não há nenhuma resposta clara sobre qual o caso individual ou a vertente constitucional em que o moderno *strict scrutiny* emergiu. Pode-se dizer que antes da década de 1960 o que agora se designa por *strict scrutiny* – o juízo sobre se a restrição de direitos constitucionais é necessária ou adequada para promover interesses governamentais *compelling* – não existia. Detetavam-se apenas fórmulas que anteciparam de modo desconexo e assistemático o vocabulário e os conceitos de *necessidade*, *narrow tailoring*, *less restrictive means* ou *compelling interest* e outros equivalentes. Em contrapartida, a propagação do teste seria viral e no final da década de 1960 a fórmula *narrowly-tailored-to-a-compelling-interest*

Tribunal *Warren* passou a ser dominado por juízes liberais⁶⁰⁰. Nessa ocasião, o teste foi uma solução de compromisso que envolveu os categorialistas ou absolutistas, *high protectionists* preocupados com a preservação de certos direitos fundamentais postos em causa por operações de *balancing ad hoc* suspeitas de “deitar fora os direitos com a água do banho” e os próprios *balancers*⁶⁰¹.

Em termos práticos, traduzindo para uma linguagem familiar à doutrina europeia, o *strict scrutiny* é o instrumento através do qual o Tribunal interpreta todas normas dos direitos a ele submetidos como contendo limites *imanentes* ou *implícitos* em situações em que esteja em causa a salvaguarda de interesses superlativos e não haja modo menos drástico de os salvaguardar.

É certo que uma das leituras mais famosas da versão original do *strict scrutiny* o considerou draconiano - ‘*strict’ in theory and fatal in fact*⁶⁰² -, prefigurando-o como

dominava já numerosos campos de direito constitucional (**Fallon**, *idem*, pp. 1284-1285); v., também, **Siegel**, «Origin of the Compelling State Interest and Strict Scrutiny», pp. 6 ss.

⁶⁰⁰ A jurisprudência do Supremo Tribunal sempre foi “sensível à conjuntura”, isto é, aos equilíbrios atingidos em cada composição do Supremo Tribunal. Isso não se notou apenas na maturação dos testes: é também visível na forma – ou na intensidade – como são aplicados. O *Supremo Tribunal* presidido pelo *Chief Justice* Warren passou a ter uma composição maioritariamente liberal (ou de esquerda, na terminologia europeia), ou de *high-protectionists* (**Siegel**), no início dos anos de 1960. A propósito do *Warren Court*, pode ver-se, por todos, **Lucas A. Powe, Jr., The Warren Court and American Politics**, Harvard University Press, Harvard, 2000.

⁶⁰¹ O contexto histórico que suscitou este compromisso entre estas concretas manifestações de formalismo e de realismo é um dos mais estudados da história constitucional dos EUA: v., por exemplo, **Robert Nagel**, «The Formulaic Constitution», in *Michigan Law Review*, vol. 84 (1985), p. 181. Na década de 1950 e no início da década de 1960 houve um intenso duelo (a guerra do *balancing*, como alguns lhe chamaram) entre juízes *pro balancing* (Frankfurter e Harlan) e *anti-balancing* (Black e Douglas). Neste período, várias decisões não declararam a inconstitucionalidade de decisões da autoridade que interferiam na liberdade de expressão ou de associação de (alegados) comunistas. Por exemplo, *American Communications Association v. Douds*, de 1950 (v. *supra*), relatado pelo Juiz Vinson e *Dennis v. United States* (1951), com declarações de voto do juiz *balancer* Frankfurter (concordante) e dos juízes *high protectionists* Black e Douglas (divergentes). O choque entre as visões dos *balancers* e dos *anti-balancing* adquire mais visível e extensa expressão em *Barenblatt v. United States* (1959), já referido em nota anterior, *Konigsberg v. State Bar of California* (1961) e *Communist Party v. Subversive Activities Control Board* (1961). Em todos os casos, o Tribunal entendeu que direitos protegidos pela 1.^a Emenda não podem ser considerados absolutos e podem ser sacrificados se interesses de maior peso o exigirem. A linguagem do *balancing* foi usada também em casos em que estavam em causa ativistas de direitos do Sul dos EUA. Sobre isto, v. em geral a síntese de **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 131 ss. É elucidativa a análise, de 1962, de **Frantz**, «The First Amendment in the Balance», p. 1449, denunciando a inversão de função da Primeira Emenda, perpetrada pelo *balancing*: aquela em vez de cumprir a sua função de limite constitucional era transformada numa licença para restringir (*a license to abridge*). V. mais literatura da época em **McFadden**, «The Balancing Test», p. 587.

⁶⁰² Aforismo clássico de **Gerald Gunther**, «The Supreme Court, 1971 Term – Forward: in Search of Evolving Doctrine on a challenging Court: A Model for a Newer Equal Protection», in *Harvard Law Review*, vol. 86 (1972), p. 8, que pairou demoradamente sobre o *strict scrutiny*. Pretendia-se dizer que o *strict scrutiny* era um teste inflexível que fatalmente (ou quase) desembocava na invalidação de toda e qualquer lei a que o Supremo Tribunal o aplicasse.

uma quase intransponível barreira à restrição de direitos da Primeira Emenda pelo legislador. Apesar de popular, este aforismo de GUNTHER não foi confirmado pela realidade⁶⁰³. Nas formações subsequentes do Tribunal⁶⁰⁴, a intenção original sofreu reinterpretações casuísticas, tendencialmente amenizadoras do *strict* da eventual intenção original.

Por isso, na medida em que não exclui liminar e irredutivelmente toda e qualquer interferência em direitos *preferred*, pode dizer-se que o *strict scrutiny* cumpre a função de suavização da ortodoxia de barreiras constitucionais absolutas. Sem que o Supremo Tribunal tenha deixado de fazer interpretações e aplicações categorialistas dos direitos e de proibições de intervenção neles⁶⁰⁵, o *strict scrutiny* foi o instrumento de *heightened protection* que o Tribunal, agora dominado por uma ala liberal, concebeu – ou cujo processo de sedimentação concluiu – na década de 1960 para superar o impasse dilemático entre a inflexível imposição categorial ou formalista e a concretização demasiado relativizadora através de operações de *balancing*⁶⁰⁶.

⁶⁰³ Cedo se notou uma tendência de suavização do *strict scrutiny*: v. **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», p. 475, criticando, designadamente, a proliferação de *compelling interests* aceites pelo Tribunal.; **Michelle Adams**, «Searching for Strict Scrutiny in *Grutter v. Bollinger*», in *Tulane Law Review*, vol. 78 (2003-2004), p. 1943, fala de uma aplicação flexibilizada, em contraste com uma aplicação mecânica e pré-determinada; **Winkler**, «Fatal in Theory and Strict in Fact...», p. 797, reuniu evidência empírica que desmente o aforismo de **Gunther**; sobre o paralelismo entre as evoluções sofridas pelo *strict scrutiny* nas últimas décadas e pelo *clear and present danger test* após os anos 50 do século passado, v. **Siegel**, «The Death and Rebirth...», pp. 225 ss. (o autor conclui que o primeiro começou por ser uma doutrina progressiva para se tornar crescentemente um instrumento das políticas conservadoras do Tribunal Rehnquist). Em alguns casos fala-se de aplicação seletiva ou de fuga estratégica à sua aplicação: v., por exemplo, **Gottlieb**, «Tears for Tiers...», p. 368 (crítico em relação à aplicação “seletiva” do *strict scrutiny* em casos de *equal protection*). Por isso, hoje há quem fale de um teste “fraco de facto” (**Matthew D. Bunker / Clay Calvert / William C. Nevin**, «Strict in Theory, But Feeble in Fact? First Amendment Strict Scrutiny and the Protection of Speech», consultado na internet em Novembro de 2012) ou de um teste *accommodating in fact* (**Ozan O. Varol**, «Strict in Theory, But Accommodating in Fact?», in *Missouri Law Review*, vol. 75 (2010), pp. 1243 ss.). Oportunamente verificaremos que há várias versões do *strict scrutiny*, uma das quais “estrita de facto”, as outras não: v. *infra* e **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1271 e 1303 ss.

⁶⁰⁴ *Burger, Rehnquist e Roberts Courts*.

⁶⁰⁵ Ainda nos tempos do *Warren Court*, v., por exemplo, *New York Times Co. V. Sullivan* (1964), *Brandenburg v. Ohio* (1969) e outros arestos, onde o Tribunal definiu regras de direitos de aplicação categorial, isto é sem qualquer apreciação das consequências - eventualmente adversas - para outros interesses. Hoje persiste o predomínio do categorialismo em vários domínios. Talvez uma das sentenças do Tribunal mais discutidas, justamente por adotar uma perspetiva categorialista, foi a já citada *District of Columbia v. Heller* (2008). V., por todos, **Blocher**, «Categorialism and Balancing ...», *cit.*

⁶⁰⁶ **Winkler**, «Fatal in Theory and Strict in Fact...», pp. 802-803; **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1270, 1292. Desse modo, o Tribunal passou a definir os direitos de uma forma relativamente mais lata do que a aplicação absolutista ou categorial consentiria. O *strict scrutiny* proporcionava uma

Por outras palavras: o *strict scrutiny* não postulava uma aplicação absolutista e rígida dos direitos mais fundamentais (os direitos *preferred*, na escola absolutista⁶⁰⁷), mas também não os deixava integralmente à mercê de operações de *balancing* com qualquer interesse público que com eles contendesse. Admitia-se a restrição daqueles direitos, mas apenas se um interesse público classificado como altamente imperativo – *compelling* – o exigisse.

Os *intermediate scrutiny tests* surgem como uma espécie de retoma dos *balancers*, reforçados com recomposições do Supremo Tribunal⁶⁰⁸, alternativa a um escrutínio mínimo (*rational basis*) e a um escrutínio quase absolutista em algumas das suas instanciações (*strict scrutiny*). São apresentados como uma categoria supletiva, aplicável quando os outros testes não se adaptam ao caso⁶⁰⁹.

4.2. Estrutura e funções

Estes três *standards* têm em comum: (i) imporem a determinação prévia de qual o direito constitucionalmente garantido objeto de intervenção⁶¹⁰, de modo a definir o teste aplicável; (ii) implicarem a qualificação do interesse invocado de modo a verificar se pode justificar essa intervenção, sendo certo que qualquer interesse público (ou do governo) legítimo ou válido pode justificar a restrição quando o teste aplicável é o da *rational basis*; mas, para a restrição se justificar, o interesse terá de ser *compelling* ou equivalente se o teste aplicável for o do *strict scrutiny*, ou importante, se o teste aplicável for o *intermediate scrutiny* (sem prejuízo de alguma

proteção forte – e adaptável – aos direitos com posição preferencial, mas não tão forte como a proteção absoluta. Sobre o papel do juiz Brennan neste compromisso, v. **Siegel**, «The Death and Rebirth...», pp. 221 ss.

⁶⁰⁷ Note-se que a noção de *preferred freedoms* mereceu originalmente a oposição de *balancers* como Felix Frankfurter (v. *Kovacs v. Cooper*, 1949), que a via como um alicerce do absolutismo: **Novais, As Restrições...**, p. 652.

⁶⁰⁸ Do ponto de vista da composição do Tribunal Supremo, a construção destes testes intermédios coincide com o exercício do Tribunal Burger, composto por um número significativo de juízes designados por Richard Nixon. A consequência (ou a causa) mais visível e mais estudada foi a nova abordagem da *equal protection*: sobre isto, **Winkler**, «Fatal in Theory and Strict in Fact...», p. 806.

⁶⁰⁹ **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 68.

⁶¹⁰ Cfr. **Galloway**, «Means-end Scrutiny...» *cit.*, p. 460, sustenta a escolha do *standard* aplicável pode depender não apenas do direito que é objeto da interferência, mas também do grau de sacrifício desse direito.

oscilação conceitual que acompanha este último); (iii) a sua aplicação estar dependente de alguma discricionariedade (ou até descartabilidade) por parte do juiz constitucional que, nalguns casos, emprega critérios fluídos na escolha de um ou outro. Além destes, a sistematização coerente de outros traços comuns tem sido tentada. Por exemplo, seria comum (iv) o escrutínio da eficiência ou eficácia das medidas (dos meios)⁶¹¹; alguns teriam ainda em comum (v) a descoberta e comparação de alternativas menos restritivas ou menos drásticas do que a adotada. Em contrapartida, não teriam em comum a realização de operações de *balancing* dos interesses do governo prosseguidos e dos direitos sacrificados. Todavia, não são lineares as leituras que se fazem sobre as relações entre o *balancing* e os vários níveis dos *scrutiny tests*. Alguns autores defendem que apesar de os *multitiered tests* nem sempre serem considerados decisões de *balancing*, eles funcionam exatamente como tal, uma vez que invariavelmente o *Supreme Court* escrutina a ação do Estado adaptando o grau de rigor do exame ao nível de suspeita que o ato do Governo suscita ou ao significado constitucional do direito fundamental em causa⁶¹² ou fazendo depender o grau *compelling* do interesse público do peso dos demais interesses em jogo⁶¹³. Posições matizadas inclinar-se-ão para reconhecer que o *rational basis* não tem lugar para o *balancing*, que o *strict scrutiny* pode aplicar-se sem *balancing*⁶¹⁴, mas que o incorpora em algumas das versões⁶¹⁵ e que os *intermediate scrutiny tests* são os mais abertos à possibilidade de incorporação de *balancing*⁶¹⁶.

⁶¹¹ Não surtiu efeito a proposta de **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», *cit.*, de precisar que, no que toca à relação entre meio e fim, nuns casos ela teria de ser substancialmente efetiva, enquanto noutros bastaria que houvesse uma relação racionalmente comprovável ou plausível. A literatura e a jurisprudência constitucionais não autorizam uma leitura tão linear.

⁶¹² V., por todos, **Chemersinsky**, *Constitutional Law...*, p. 551: “(i)n a sense, the level of scrutiny provides instructions for balancing. It informs courts as to how to arrange the weights on the constitutional scale in evaluating particular laws”; também, **Faigman**, «Madisonian Balancing...», *cit.*, p. 682. Significativamente, o juiz Scalia, um dos mais influentes, já se referiu ao *strict scrutiny* como um *balancing test* em *Employment Division v. Smith* (1990).

⁶¹³ **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 36, parece ir neste sentido.

⁶¹⁴ **Sweet**, «All Things in Proportion?...», admite isto, p. 52: embora defenda que o *strict scrutiny* começou por ser uma base estrutural para o *balancing* (p. 18), admite que esta operação é obscurecida nos casos em que o *strict scrutiny* é aplicado na versão “despiste de fins ilícitos” (v. *infra*).

⁶¹⁵ A propósito, desenrola-se um debate sobre a “suavização” das arestas mais agrestes da *tiered review*. Por exemplo, **Cass Sunstein**, «The Supreme Court, 1995 Term – Foreword: Leaving Things Undecided», in *Harvard Law Review*, vol. 110 (1996), p. 77.

⁶¹⁶ Nas palavras de **Sullivan**, «Post-liberal Judging...», pp. 296-297 e «Governmental Interests and Unconstitutional Conditions Law: A Case Study in Categorization and Balancing», in *Albany Law*

Uma outra questão que se pode discutir é se os vários *tiers of scrutiny* devem ser considerados independentes, isto é, testes com requisitos diferenciados, relativamente desencontrados, ou se cada um deles é apenas uma posição de uma escala métrica imaginária deslizante ou variável (*sliding scale*), dependendo a escolha de cada *grau de escrutínio* - ou dos níveis da escala métrica - do direito limitado, da gravidade do mal infligido, da identidade do grupo atingido, da natureza do interesse prosseguido pelo governo e, porventura, de outros aspetos⁶¹⁷.

Em suma, estes *standards* têm funções e estrutura complexas: (i) podem ser utilizados como critério de classificação de várias categorias de direitos, ponderando o nível de escrutínio associado à limitação de cada um deles⁶¹⁸; (ii) são parâmetros definidores da competência e da forma ou tramitação processual em que a adjudicação constitucional se desenvolve; (iii) no quadro de uma estrutura processual primordialmente dispositiva, dão indicações sobre a repartição do ónus de prova (iv) sintetizam intensidades diversas do controlo judicial (mínima, intermédia, superior); (v) segregam algumas normas substantivas que constituem parâmetros da validade da decisão apreciada, podendo a sua inobservância implicar a invalidade constitucional do ato legislativo.

Estudaremos de seguida cada um destes três *scrutiny tiers*.

Review, vol. 55 (1992), p. 606, o *intermediate scrutiny* em todas as suas formas representa um modo de aberto *balancing*, talvez o mais genuíno praticado no ordenamento constitucional americano. V., também, **Blocher**, «Categorialism and Balancing...», p. 392.

⁶¹⁷ A paternidade desta visão é imputada ao juiz T. Marshall (com adesão de John Paul Stevens), em posições assumidas em sentenças do Supremo Tribunal da década de 1970 (*Dandridge v. Williams*, 1970, *Richardson v. Belcher*, 1971, etc.). Neste sentido **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», p. 460; **Gottlieb**, «Compelling Governmental Interests...», pp. 923, 970; *idem*, «Tears for Tiers...», p. 361. Como veremos *infra*, esta compreensão é particularmente apelativa nos casos de *equal protection*. **Chemerinsky**, *Constitutional Law...*, p. 555, alerta que o Supremo Tribunal nunca perfilhou essa visão; porém **Sullivan / Frase**, *Proportionality Principles...*, p. 53, assinalam que a circunstância de o Tribunal ter flexibilizado o seu modelo de fiscalização, com a adição do *rational basis with a bite*, do *intermediate scrutiny* e de uma versão *soft* do *strict scrutiny* é consistente com o ideal de *sliding scale*, que normalmente envolve algum grau de *constitutional balancing* de interesses competitivos; **Novais**, *As restrições...*, p. 925, utiliza a imagem apenas para o *intermediate scrutiny*.

⁶¹⁸ Isto é: direitos cuja limitação convida o *minimal* ou *rational basis scrutiny*, direitos cuja limitação exige *intermediate scrutiny* e direitos cuja limitação suscita *strict scrutiny*: v. **Chemerinsky**, *Constitutional Law...*, p. 552; **Barak**, *Proportionality: Constitutional Rights...*, p. 509; **Novais**, *As restrições...*, pp. 920 ss.

4.3. *Rational basis*

Como se referiu, este teste foi desenhado pela jurisprudência constitucional contemporânea do *New Deal*, superadora de *Lochner*⁶¹⁹. Trata-se de uma versão *minimalista* da proteção de direitos constitucionais perante normas restritivas. É acusada por alguns setores de ser uma forma de desistência da jurisdição constitucional da função de proteger direitos das intervenções do legislador⁶²⁰. Todavia, há indicações que mostram que o teste não é totalmente desprovido de consequências, designadamente quando é aplicado com um grau de intensidade superior ao mínimo⁶²¹.

O seu âmbito estende-se às liberdades ou direitos que, mesmo quando expressamente consagrados na Constituição, são considerados menos fundacionais de uma ordem de liberdade do que os *preferred rights*. É aplicável às intervenções na maior parte dos direitos sociais, culturais ou económicos (categoria em que se integram, na teoria constitucional americana, o direito de propriedade ou a liberdade contratual)⁶²². Neste perímetro, o *Supreme Court* faz uma leitura estrita

⁶¹⁹ Casos chave: *Nebbia v. New York* (1934), *West Coast Hotel v. Parrish*, (1937) e *United States v. Carolene Products* (1938).

⁶²⁰ V. **Winkler**, «Fatal in Theory and Strict in Fact...», p. 799, nota que há a convicção de que quase todas as leis julgadas de acordo com o teste *rational basis* foram julgadas conformes com a Constituição; também **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 45; **Sullivan / Frase, Proportionality Principles...**, p. 5; **Barak, Proportionality...**, p. 533 (considerando o teste um limiar demasiado baixo para a limitação de direitos numa democracia).

⁶²¹ A partir da década de 1970, o teste sofreu alguma graduação, que permite uma aplicação desigualmente deferencial para com o legislador, de acordo com o caso; cfr. **Farrell**, «Successful Rational Basis Claims...». Sobre o *rational basis review with a bite*, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1301; **Siegel**, «The Origin of the Compelling State Interest...», pp. 6-8, aludindo a *minimal scrutiny with a bite*.

⁶²² V. **Sullivan / Frase, Proportionality Principles...**, p. 5 (aditando também referência aos direitos de liberdade dos detidos). Nos EUA dá-se como adquirida a doutrina da graduação dos direitos constitucionalmente consagrados, nos termos da qual diferentes casos suscitam diferentes graus de escrutínio. Sobre a formação histórica desta doutrina (final da década de 1930, início da década de 1940), v. **White**, «Historicizing...», pp. 115 ss.; **Faigman**, «Madisonian Balancing...», p. 686, referindo-se ao *strict scrutiny*, mas em termos geralmente válidos; **Barak, Proportionality: Constitutional Rights...**, p. 508. **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 45, critica a opção de o Tribunal tratar certos direitos como absolutos ou quase e outros como virtualmente sem força nenhuma (o Tribunal reescreveu a Constituição, privando os cidadãos de alguns direitos), interrogando-se sobre a justificação para esta degradação: não se percebe se é porque não são de facto direitos, ou não são suficientemente importantes para merecer a mesma proteção que outros, ou se o Tribunal, através de uma operação de *balancing*, determinou para sempre que nunca poderão ter um peso superior a um interesse público razoável. Falando do Supremo Tribunal como o guardião de “direitos sim, direitos não”, **James W. Ely, The Guardian of Every Other Right. A Constitutional History of Property Rights**, 2ª ed., Oxford University Press, Nova Iorque, Oxford, 1998.

dos princípios da separação de poderes, das suas próprias limitações institucionais e do federalismo e aceita que a ponderação ou já foi feita pelos constituintes ou compete ao legislador e não aos tribunais. O teste traduz-se simplesmente em verificar se o ato é um meio razoável para atingir o objetivo da promoção de um interesse governamental legítimo. Pretende-se garantir que a intervenção *tem uma base racional, não arbitrária*. É válida a norma que seja uma maneira racional de prosseguir um fim governamental legítimo⁶²³. A vontade do legislador só decai se a lei não cumprir requisitos básicos de racionalidade⁶²⁴. A metódica aplicativa do *standard* não consente ao Tribunal operações de *balancing* ou de ponderação e contrapeso de interesses contrapostos. Além disso, assenta numa (forte) presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, o que se traduz na atribuição do ónus da prova da inconstitucionalidade a quem a invoca, que deve demonstrar que o ato não prossegue um fim legítimo ou que não é um meio razoável de prosseguir esse fim⁶²⁵.

⁶²³ **Winkler**, «Fatal in Theory and Strict in Fact...», p. 799; **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1274.

⁶²⁴ V., por exemplo, **Chemmerinsky**, *Constitutional Law...*, p. 552; **Bhagwat**, «The Test that Ate Everything: Intermediate Scrutiny ...», p. 786. Para alguns autores esta é uma consequência de se entender, no contexto constitucional americano, que o princípio democrático ou maioritário pesa (ligeiramente) mais do que o princípio da proteção dos direitos individuais: assim, **Faigman**, «Madisonian Balancing...», p. 684. O autor apresenta uma alternativa de *rational basis review with teeth*, mais protetora dos direitos e mais transparente, no âmbito do seu *Madisonian balancing*, envolvendo uma repartição do ónus da prova diferente da adotada pelo Supremo Tribunal.

⁶²⁵ **Chemmerinsky**, *Constitutional Law...*, p. 553; **Sullivan / Frase**, *Proportionality Principles...*, p. 5. A presunção da constitucionalidade, não expressamente ordenada pela Constituição, mas consensual na jurisprudência e na doutrina americanas, começou a ser ocasionalmente invocada a partir de 1876 (*Munn v. Illinois*, publicada em 1877), mas só se consolidou nos anos de 1930, quando o Supremo Tribunal se afastou dos parâmetros de *Lochner* (nesta decisão especificamente, a visão do legislador sobre os factos foi substituída pela do Tribunal, sem qualquer cedência à ideia de presunção da constitucionalidade). **White**, «Historicizing...», p. 114, assinala que a primeira decisão em que o Supremo Tribunal decidiu que uma categoria de legislação gozava da presunção de constitucionalidade foi *United States v. Carolene Products, Co.* (1938). A presunção de constitucionalidade é um modo indireto de traduzir uma atitude de deferência dos tribunais no que toca aos factos presumível ou realmente apurados pelo legislador, quando o juízo de constitucionalidade depende de uma certa factualidade. Quando a superação do teste de constitucionalidade aplicável – no caso do texto, o *rational basis* – depende da verificação de certos factos, o juiz constitucional presume que a apreciação do legislador foi razoável, sendo a lei consequentemente conforme com a constituição. Sobre tudo isto, **Hessick**, «Rethinking the Presumption of Constitutionality», p. 1452. A presunção de constitucionalidade não inclui, porém, as interpretações da constituição adotadas pelo legislador, não obstante a circunstância de em certas épocas o Tribunal se ter mostrado aberto a uma atitude de reverência também para com essas interpretações, na linha de posições clássicas como as de **James B. Thayer**: deste autor v. «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», in *Harvard Law Review*, vol. 7 (1893), pp. 129 ss. (defendendo que os tribunais só podem invalidar legislação em casos de claramente errada e irracional interpretação da constituição pelo legislador); cfr. **White**, *idem*, p. 76 (explicando que a doutrina de Thayer se inscrevia na linha proveniente dos primórdios da *judicial review* de reconhecimento da discricção do legislador e do executivo e da necessidade de evitar uma

Este *standard* tem algumas zonas de coincidência com o segmento da adequação da proporcionalidade clássica⁶²⁶. No entanto, a relação meio-fim é menos exigente. Do ponto de vista metódico, identifica-se o direito que sofre a intervenção restritiva e o interesse que é invocado como fundamento da restrição⁶²⁷, ajuizando-se depois se há uma relação racional, razoável, não arbitrária, entre a intervenção restritiva e a promoção daquele interesse. A atitude de deferência para com o legislador induz a que se prescinda de confirmar se a medida conduz efetivamente à prossecução do fim, bastando admitir que um legislador razoável poderia ter concluído nesse sentido⁶²⁸. Não se analisa se a restrição é necessária ou se há alternativas menos drásticas, nem se contrapesa o peso do direito com o peso do interesse beneficiado.

4.4. *Strict scrutiny*

4.4.1. Caraterização geral e âmbito de aplicação

Nos termos do *strict scrutiny* (que surge por vezes com outras denominações, como *compelling state interest analysis*), as normas legislativas restritivas de direitos mais poderosamente protegidos pela Constituição são declaradas inconstitucionais se não forem “necessárias” e recortadas com precisão – ou “*narrowly tailored*” -, para servirem um “*compelling state interest*” (interesse imperativo do Estado). Afasta a presunção primária da constitucionalidade da lei, em que assenta a *rational basis review*⁶²⁹. No contexto do *strict scrutiny*, o ónus da prova da constitucionalidade cabe ao legislador: a inconstitucionalidade é declarada se o legislador não demonstrar os factos que demonstram a existência de um *compelling state interest* e o carácter necessário ou *narrowly tailored* da medida concebida para o satisfazer.

interferência do judicial no campo daqueles, mas ia mais longe na proposta de uma atitude deferencial do juiz – de *hands off* – para com os outros ramos do governo).

⁶²⁶ Assim, **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 7; **Barak**, *Proportionality: Constitutional Rights...*, p. 512.

⁶²⁷ **Chemerinsky**, *Constitutional Law...*, sustenta que o fim nem sequer necessita de ser o invocado ou trazido ao tribunal, bastando um qualquer fim concebível que seja legítimo.

⁶²⁸ Neste sentido, **Hessick**, «Rethinking the Presumption of Constitutionality», p. 1455.

⁶²⁹ V. *supra* e **Hessick**, «Rethinking the Presumption of Constitutionality», *cit.*; **Chemerinsky**, *Constitutional Law...*, p. 554.

Neste teste, o escrutínio atinge a máxima potência, o que é justificado pelo respetivo âmbito de aplicação. O *strict scrutiny* é desencadeado e aplicável em casos de interferência ou restrição de *preferred rights* - os direitos “mais fundamentais” entre os direitos constitucionais - e por certo tipo de discriminações, designadamente as baseadas na raça ou na origem nacional⁶³⁰, aquelas posições jurídicas subjetivas que, pela sua natureza e estrutura, exigem uma proteção mais reforçada⁶³¹.

Como já se referiu, os próprios categorialistas foram forçados a reconhecer que nem sempre é razoável defender uma rígida aplicação categorial das normas que consagram posições jurídicas fundamentais, mesmo as *preferred*. O *rational basis test* constituía uma barreira ténue às restrições e o *balancing* era visto como um acelerador da diluição do sentido normativo dos *preferred rights*, comprometendo o seu carácter de *preferred*. Em contraste, o *strict scrutiny test* introduziu um misto de rigidez e de plasticidade doutrinal suficientes para enfrentar casos em que a prossecução de interesses públicos imperativos, possivelmente urgentes e raros, justifica excecionalmente a restrição de *preferred rights*. A plasticidade traduz-se, designadamente, na latitude da determinação (sujeita apenas à autodisciplina do próprio tribunal) de quais os direitos, ou dimensões de direitos, ou sacrifícios de direitos, que desencadeiam uma proteção reforçada (quase absoluta, numa leitura

⁶³⁰ **Chemerinsky**, *Constitutional Law...*, p. 554. Todavia, nesse âmbito podem ser definidos e aplicados outros testes, numa base *ad hoc*, como alerta **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1292.

⁶³¹ Como sucede com frequência no direito constitucional americano, a distinção entre os direitos e liberdades “ordinários” e os direitos e liberdades mais fundamentais, ou “*preferred*”, resultou de um processo de sedimentação jurisprudencial, sem base constitucional direta. Sobre este desenvolvimento e a sua influência decisiva na construção do *strict scrutiny*, v. **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1285 ss.; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 18 ss. Concomitantemente com a superação do precedente de *Lochner* e a adoção, depois de 1937, do *rational basis scrutiny*, que moderava os poderes de anulação de legislação pelo *Supreme Court*, particularmente da legislação de intervenção na economia – *New Deal oblige* –, o Tribunal admitiu que há alguns direitos que exigem uma proteção constitucional maior do que as liberdades com sentido económico – entre os quais estão os direitos de propriedade e de contratar –, abrindo a porta a um *double standard* na apreciação das restrições dos direitos protegidos pela Constituição: para uns, apenas *rational basis*, para outros uma forma mais assertiva de escrutínio. Após um primeiro afloramento na célebre nota de rodapé n.º 4 de *United States v. Caroline Products* (1938), escrita pelo juiz Stone, o Tribunal lançou as bases para a jurisprudência de que um número delimitado de direitos gozam de uma posição preferencial – *preferred position* – e por isso merecem uma proteção judicial reforçada. Trata-se, sobretudo de direitos consagrados pela Primeira Emenda (cfr. a transcrição *supra*), como as liberdades de expressão, reunião e religião: v. *Jones v. City of Opelika* (1943). No início da década de 1960, esta jurisprudência tornou-se mais coerente e consistente, mas persistem dúvidas sobre quais efetivamente os *preferred rights*, havendo alegações de que a natureza *preferred* de cada direito depende muito da sensibilidade individual de cada juiz (v. autor citado, p. 1271)

inicial), através do *strict scrutiny test* e quais as liberdades ordinárias que beneficiam simplesmente da proteção do *rational basis test*⁶³².

O *strict scrutiny* começou por ser aplicado em casos relacionados com direitos da Primeira Emenda e em casos de *equal protection*⁶³³. Na sua versão acabada, é aplicado em alguns núcleos⁶³⁴: direitos garantidos pela Primeira Emenda, incluindo as dimensões mais nucleares da liberdade de expressão (designadamente política), liberdade de manifestação, liberdade de associação e liberdade religiosa (esta, depois de 1990, apenas parcialmente), liberdade de circulação, liberdade de eleição, *due process*, *equal protection clause*, designadamente na medida em que estejam em causa *suspect class discriminations* como as baseadas na raça ou na nacionalidade⁶³⁵.

4.4.2. As várias versões do *strict scrutiny*

Transcorridas algumas décadas de afirmação e afinamento jurisprudencial do *standard*, é possível dizer que o *strict scrutiny* não é *um só* teste mas *vários* testes alternativos, que espelham visões diferentes sobre a sua estrutura e natureza e

⁶³² **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1292.

⁶³³ Havendo divergências sobre em qual daqueles dois campos se aplicou primeiro: cfr. **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1275; v., por todos, **Siegel**, «The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny», p. 40, um dos autores que identifica perentoriamente *Sherbert v. Verner* (1963) como o primeiro caso em que o *strict scrutiny* foi claramente aplicado.

⁶³⁴ Os núcleos que se identificam de seguida no texto são apenas uma proposta de síntese, uma vez que a delimitação e identificação dos núcleos em que é aplicado o *strict scrutiny* varia de autor para autor. V. bibliografia geral sobre o teste, designadamente, em **Siegel**, «The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny...», *cit.*; **Chemerinsky**, *Constitutional Law...*, p. 554 e em variados outros locais; **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1268-1269; **Varol**, «Strict in Theory...», p. 1245; **Barak**, *Proportionality...*, p. 510; na doutrina portuguesa, **Novais**, *As restrições...*, pp. 934 ss., embora concentrando a exposição nas restrições à liberdade de expressão. Em todo o caso, é consensual a observação da sua rápida e não controlada expansão a múltiplas áreas, logo que começou a ser aplicado pelo Supremo Tribunal.

⁶³⁵ Sobre a origem das *suspect classifications* (e distinguindo do que propunham na altura como *forbidden classifications*) v. **Tussman / tenBroek**, «The Equal...», pp. 353 ss.). A *equal protection clause* consta da Décima Quarta Emenda (de 1868), juntamente com as cláusulas da cidadania e de *due process* (processual e substantivo). O Supremo Tribunal aplica diferenciadamente os três níveis de escrutínio em casos de *equal protection clause*.

correspondem a propósitos díspares⁶³⁶. Algumas componentes de algumas dessas interpretações apresentam similitudes – por vezes evidentes – com segmentos do princípio da proporcionalidade clássica⁶³⁷.

Tomemos as três interpretações diferentes do *strict scrutiny* propostas por RICHARD FALLON⁶³⁸: (i) a versão da *proibição quase categorial*, que consiste na proibição quase absoluta de restrições de direitos fundamentais altamente protegidos (o direito a não ser torturado, por exemplo), não importando qual o interesse invocado pelo legislador como fundamento da restrição, com a rara exceção de males sérios, iminentes e quase catastróficos (na verdade, os *compelling interest* numa aceção extremamente exigente); (ii) a versão do *balancing calibrado* (*weighted balancing*) – segundo o autor, similar à análise da proporcionalidade na Europa –, em que o tribunal analisa se uma intrusão, maior ou menor, num direito fundamental pode ser justificada à luz dos benefícios daí resultantes para um interesse público; (iii) a versão de *controlo de fins ilícitos*, que tem o propósito de evitar que os direitos fundamentais sejam restringidos para prosseguir fins proibidos, camuflados ou não pelo legislador⁶³⁹.

Em rigor não estamos perante três interpretações ou leituras distintas de um só teste, mas sim perante três testes distintos, com funções, pressupostos e metódicas diversas.

⁶³⁶ Falando de várias interpretações ou leituras e assinalando que isso implica, afinal, muito menos disciplina para o juiz constitucional do que se poderia esperar, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1271 e 1302 ss.

⁶³⁷ Neste sentido, mas alertando também para importantes diferenças, por exemplo, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1295. Há quem seja mais cauteloso ou restritivo: **Barak**, *Proportionality: Constitutional Rights...*, p. 513, entende que há apenas uma semelhança do *strict scrutiny* com o segmento da necessidade.

⁶³⁸ «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1302 ss.

⁶³⁹ Adicionalmente, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1311 e 1315, aponta alguns casos da jurisprudência do *Supreme Court* em que o *strict scrutiny* parece ter funcionado “às avessas”, isto é, como ferramenta de “salvação” de medidas que visam primariamente um fim ilegítimo. Nesse caso, o Tribunal deteta o fim ilegítimo mas submete a medida ao *strict scrutiny* para determinar se há algum *compelling interest* que a possa salvar. Trata-se de uma situação insuscetível de cair sob a alçada do princípio da proporcionalidade clássica, uma vez que, como veremos, um dos seus pressupostos de aplicabilidade é a prossecução pela medida escrutinada de um *fim legítimo*. A constatação de que uma medida visa um fim ilegítimo compromete a sua validade, prejudicando a submissão ao crivo da proporcionalidade clássica.

A última versão – que não correspondeu à intenção inicial⁶⁴⁰ – pretende verificar se há evidência ou indício de o fim prosseguido - eventualmente não confessado ou diferente do invocado - ser proibido. O indício da prossecução de um fim ilícito pode emergir, por exemplo, da inadequação da medida para atingir o fim invocado ou do excesso ou défice (*overinclusiveness* ou *underinclusiveness*) do âmbito da medida. Saber se a medida é ou não necessária ou *narrowly tailored* em relação ao alegado *compelling interest* é a questão central desta versão do *strict scrutiny*, sendo dispensadas operações de *balancing*.

Ao invés, as duas primeiras não permitem uma posição tão perentória. A primeira, de proibição quase categorial, requer uma atitude cautelosa. A seu propósito, há quem sustente que envolve operações de *balancing*, eventualmente não assumidas⁶⁴¹, falando-se até de um *categorical balancing*⁶⁴². Nessa medida, a aplicação do *strict scrutiny* na versão de proibição quase categorial não passaria sem alguma ponderação do peso inerente à natureza quase absoluta do direito fundamental e do caráter quase catastrófico da ameaça que se pretende evitar⁶⁴³. Simplesmente, a carga de justificação a favor da restrição do direito seria muito

⁶⁴⁰ Assinalando o ponto, **Siegel**, «The Origin...», pp. 65 ss.; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 18. Mas as primeiras aplicações do *strict scrutiny* nos casos de discriminação racial (a partir de 1964) enquadravam-se nesta versão. O *strict scrutiny* nas outras versões só começou a ser aplicado em questões de discriminação em 1978: **Siegel**, *idem*, p. 71.

⁶⁴¹ **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 18, nota que há casos em que o *Supreme Court* procura manter o *balancing* invisível, tratando o direito como “quase absoluto”.

⁶⁴² **Siegel**, «The Death and Rebirth...», *cit.*, p. 224, sustenta que o *clear and present danger test* e o *strict scrutiny* são *standards* que implementam normas constitucionais através de *categorical balancing*.

⁶⁴³ Embora sem o dizer expressamente é aí que conduz o discurso de **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1334, nota, quando admite que aquilo que chama a componente da proporcionalidade (v. *infra*), que na sua construção integra a apreciação do *narrow tailoring*, também tem aplicação nesta versão do *strict scrutiny*. Quanto maior for o papel reservado pelos autores ao *balancing* no âmbito da teoria constitucional, maior será o reconhecimento da necessidade de operações de *balancing* na própria qualificação, avaliação ou prova (pelo Estado) da “força” ou “peso” dos interesses que o Estado pretende prosseguir em confronto com os direitos afetados: v., por exemplo, algumas aplicações do *Madisonian balancing* de **Faigman**, «Madisonian Balancing...», pp. 679 ss. Sobre as condições mais gerais de atribuição de pesos diferenciados aos direitos e aos interesses públicos em situações de comparação específica, **Gottlieb**, «Compelling Governmental Interests...», p. 970.

elevada, perto de insuperável⁶⁴⁴. Contudo, apesar do uso nominal de alguma retórica de *balancing*, trata-se ainda de um modo de análise categorial^{645/646}.

Diversamente, a versão *strict scrutiny* do *balancing* calibrado envolve um caso específico de *balancing* entre o mal provocado a um direito especialmente qualificado e a satisfação de *compelling state interests* também especialmente ponderosos⁶⁴⁷. Este teste de *balancing*, incrustado no *strict scrutiny*, distinguir-se-ia de outros testes de *balancing* pela circunstância de o peso atribuído *prima face* ao lado da “balança” em que estão os direitos ser mais elevado do que o usual, obrigando a que os interesses públicos, para justificarem a restrição, tenham de ser também inusitadamente pesados⁶⁴⁸.

Não está fixado o âmbito de aplicação de cada uma destas três versões, pelo que a sua escolha caso a caso depende em última análise das convicções e inclinações doutrinárias do juiz do caso⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ É nesta base que **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1333, alega que pode haver diferenças significativas entre as aplicações mais adstringentes do *strict scrutiny* e a proporcionalidade aplicada noutros países. No *strict scrutiny*, na leitura *proibição quase categorial*, o ponto de partida é a atribuição de um peso quase absoluto a um direito, enquanto na proporcionalidade os direitos teriam de competir em igualdade de circunstâncias com outros interesses. Trata-se, porém, de uma posição que decorre de uma interpretação simplista da proporcionalidade.

⁶⁴⁵ **Sullivan**, «Post-liberal...», p. 296.

⁶⁴⁶ Por exemplo, poderia procurar enquadrar-se no conceito de *balancing* - um *balancing* implícito e não assumido ou até recalcado -, as situações em que o juiz propende a acolher mais facilmente a existência de *compelling interest* quando a sua posição em relação ao direito em causa é menos convicta ou mais desvalorizadora da respetiva importância. Por exemplo, se o juiz desvaloriza ou não atribui peso significativo ao direito ao aborto tenderá a aceitar mais facilmente que a proteção da vida do feto constitui um *compelling interest*; se não atribui peso à liberdade de se exprimir através da emissão de material pornográfico explícito na televisão, aceitará mais facilmente um *compelling interest* do Estado em preservar o desenvolvimento psicológico das crianças: v. estes e outros exemplos, embora noutra perspetiva, em **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1322 ss.

⁶⁴⁷ Além de **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1306 ss., fala também de *balancing* calibrado **Winkler**, «Fatal in Theory and Strict in Fact...», p. 803; sem utilizar esse *nomen*, mas falando de ponderação de interesses constitucionais competidores, **Sullivan / Frase, Proportionality Principles...**, p. 55 (elaborando sobre *Grutter v. Bollinger*, 2003).

⁶⁴⁸ **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1306. Em todo o caso, o autor sustenta que esta interpretação do *strict scrutiny* pouco mais é do que um *balancing test* (*idem*, p. 1308); a expressão *balancing with bite* (usada por **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 36) pode ser usada com propriedade.

⁶⁴⁹ É esta a conclusão de **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1315.

4.4.3. Estrutura e metódica de aplicação

O *strict scrutiny*, em qualquer das suas versões, assenta em dois pilares estruturais que chegaram à jurisprudência do *Supreme Court* em momentos diferentes, de forma isolada e desconexa, aplicados articuladamente apenas a partir da década de 1960: (i) o ónus da prova da constitucionalidade da restrição do direito compete ao legislador, a quem cabe demonstrar o preenchimento das exigências referidas de seguida; (ii) a restrição deve ser justificada por um *compelling state interest*; (iii) a restrição deve ser *necessary* ou *narrowly tailored*^{650/651}.

Entre a verificação do preenchimento dos principais pressupostos de aplicação e o exame das componentes estruturais, a metódica aplicativa do teste envolve quatro passos⁶⁵²: (i) identificação do direito fundamental ou da dimensão do direito fundamental afetado; (ii) verificação de que a restrição, ou intensidade da restrição, desse direito desencadeia o *strict scrutiny*; (iii) determinação e apreciação do *compelling state interest* que se apresenta como justificador da restrição; (iii)

⁶⁵⁰ **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», p. 462, assegura que além do *compelling interest* e da *necessity*, o teste envolve uma terceira componente, isto é, a exigência de o meio ser *eficiente* para prosseguir o fim governamental. Mais do que se requerer simplesmente que a medida tenha uma relação racionalmente concebível com o fim (como na *rational basis*), ela tem de ser *substancialmente efetiva*: o governo tem de demonstrar que o método escolhido é realmente efetivo na satisfação do interesse (*idem*, p. 492). Para o autor, a rejeição da *underinclusiveness* (cfr. *infra*), que tem sido correntemente aceite, decorre da exigência de a medida ser *substancialmente efetiva*. Como se verá, também no âmbito do princípio da proporcionalidade se discute se para se considerar a medida adequada basta ela ser minimamente eficiente.

⁶⁵¹ Sobre o processo de sedimentação gradual, relativamente desconexa e desfasada no tempo, destes três pilares v. por exemplo: **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1273 ss.; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 34 ss.; **Siegel**, «The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny», pp. 9 ss.; *idem*, «The Death and Rebirth...», p. 221. O pilar mais antigo é o *narrow tailoring*, na sua dimensão *less restrictive mean* que aflorou em casos da Commerce Clause e na época de *Lochner*. É de notar que no direito europeu também o segmento da necessidade se impôs primeiro que a terceira componente da proporcionalidade. Sobre a sedimentação histórica do *narrow tailoring*, **Wormuth / Mirkin**, «The Doctrine of the Reasonable Alternative...», cit; **Struve**, «The Less-Restrictive-Alternative ...», cit; **Nota**, «Less Drastic Means and the First Amendment...», cit. A atribuição do ónus da prova ao legislador remonta a *United States v. Carolene Products* (1938). O teste do *compelling state interest* foi introduzido no final dos anos de 1950, início dos anos de 1960: para alguns em *Sweezy v. New Hampshire* (1957), no âmbito de uma declaração de voto incaracterística do juiz Frankfurter, um *low-protectionist balancer* que está longe de poder ser visto como um precursor do *strict scrutiny*; para outros, mais tarde, em 1963, na altura em que, impulsionado pelos juízes Brennan e Goldberg, o *Supreme Court* começou a fazer confluir estas três componentes no *strict scrutiny* (*NAACP v. Button*, *Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee*, *Sherbert v. Verner*).

⁶⁵² Sem prejuízo de a aplicação do *strict scrutiny* envolver um vai-e-vem metódico – *two-way traffic* – na avaliação dos fins e dos meios (reconhecendo-o, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1333) que também notaremos na aplicação do princípio da proporcionalidade.

aplicação do requisito da necessidade ou *narrow tailoring*, com as suas componentes⁶⁵³.

4.4.3.1. O direito fundamental afetado

A *Bill of Rights* não contém uma cláusula geral que autorize restrições ou limitações dos direitos nele contidos (e tão pouco consagra aquilo que designamos de comando geral de harmonização) e a maioria dos direitos não conhece qualquer cláusula específica que permita a sua limitação⁶⁵⁴. Conforme fomos assinalando ao longo do texto, essas restrições ou limitações têm sido admitidas, com maior ou menor latitude. Inexistindo as referidas cláusulas de limites, a sua determinação é tarefa do juiz constitucional.

4.4.3.2. Determinação da aplicabilidade do *strict scrutiny*

Como se expôs acima a propósito do âmbito de aplicação, é vasta, mas não uniforme, a jurisprudência sobre o tipo de intervenções e os direitos, ou dimensões de direitos, ou tipos de males provocados aos direitos, que suscitam o *strict scrutiny*. Em princípio, as intervenções em *preferred rights* ou a invocação ou uso de classificações suspeitas, desencadeiam-no. Mas a jurisprudência constitucional denota oscilações sobre os critérios de identificação dos *preferred rights* e das classificações suspeitas que impedem a definição de uma orientação inequívoca. Existe uma fragmentária rede de exceções e até de opções contraditórias, refletindo uma tendência umas vezes restritiva, outras expansionista, dos direitos protegidos através do *strict scrutiny*⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Ligeiramente diferente na descrição da ordem lógica, **Winkler**, «Fatal in Theory and Strict in Fact...», pp. 800-801.

⁶⁵⁴ V. **Barak**, *Proportionality: Constitutional Rights...*, pp. 138-139 e bibliografia citada.

⁶⁵⁵ Talvez a área de maior intrincação seja a das liberdades comunicativas, onde o Supremo Tribunal tem definido áreas de expressão excluídas do âmbito de proteção (por exemplo, a difusão de pornografia), áreas em que estão apenas em causa restrições quanto ao tempo, local e maneira, onde se requer uma proteção (em princípio) baixa e áreas em que está em causa a restrição ao conteúdo

Este ambiente de incerteza é ampliado pela tendência - controversa - para a extração de direitos não enumerados na Constituição, muitas vezes com recurso à vaga doutrina do *substantive due process* (como os direitos à privacidade e à educação, por exemplo)⁶⁵⁶.

4.4.3.3. Determinação e apreciação do *compelling state interest*

A questão de saber o que é um *compelling state interest*⁶⁵⁷ suscita dificuldades superiores às dos números anteriores, avolumadas pela deficiente teorização e sistematização dos tratamentos jurisprudenciais do tema e também pelo facto de o conceito relevante de *compelling interest* poder variar de versão para versão do teste. O conceito não tem base ou definição constitucional e tão pouco existe qualquer tipo de enumeração dos *compelling state interests*. O Supremo Tribunal, salvo poucas exceções, não conseguiu ou não procurou explicar a base em que sustentou a aceitação de um interesse como *compelling*⁶⁵⁸. Por isso, é controvertido o tipo de conexão ou de credenciação constitucional que ele deve possuir. Se em muitos casos essa conexão ou credenciação resulta clara, noutros verifica-se a ausência de um sustento textual forte. Mas terá sempre de haver alguma amarra

de certas formas de expressão, estas carentes de uma proteção elevada contra as restrições: cfr. entre nós **Novais, As restrições...**, pp. 897 ss.

⁶⁵⁶ A oposição ao legislador de direitos não explicitados na constituição, derivados de fontes extratextuais (direito natural, tradição, valores dos juízes, princípios neutrais, razão, valores partilhados pela sociedade), é motivo de apoios mas também de acesas críticas (por exemplo, **John Hart Ely, Democracy...**, *cit.*). Desenvolvidamente, **Gottlieb**, «Compelling Governmental Interests...», pp. 925 ss.; também **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1320, nota. A questão é muito importante nos EUA, dado o reduzido enunciado de direitos direta e explicitamente previstos na Constituição americana, em contraste com o que sucede em constituições mais recentes, como a portuguesa, cujo catálogo é pouco menos do que exaustivo.

⁶⁵⁷ V. sobre o tema, **Gottlieb**, «Compelling Governmental Interests...», *cit.* Na hierarquia implícita aos vários testes, os *compelling interests* estão no topo da hierarquia dos interesses: devem ser extremamente pesados, possivelmente urgentes mas também raros, muito mais raros do que os meros interesses legítimos (do *rational basis test*) e mais raros do que os interesses importantes (dos *intermediate scrutiny tests*). Nestes termos, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1273.

⁶⁵⁸ **Volokh**, «Freedom of Speech...», texto acompanhando as notas 13 a 28; **Gottlieb**, «Compelling Governmental Interests...», *cit.*, p. 937. O autor critica este comportamento largamente intuitivo do Tribunal (*know it when I see it*), caracterizando-o como um resquício da atitude de deferência que resultou da crise constitucional de 1937.

constitucional, ainda que indireta e mesmo ténue⁶⁵⁹, não podendo contudo afastar-se a suspeita de que a base constitucional é por vezes forçada por convicções doutrinárias e mundividenciais dos juízes.

É essa circunstância que estimula autores como ALEC STONE SWEET a afirmar que a própria qualificação de um interesse como *compelling* não é feita no vácuo, tem de ser feita contextualizadamente, mediada por uma operação de *balancing* que afira o interesse invocado pelo Estado e os direitos objeto de interferência, ponderando a intensidade da intervenção nesses direitos⁶⁶⁰. O grau de *compelling* teria, por isso, uma natureza relativa, que não poderia ignorar o grau de oneração imposto ao direito.

Esta construção não é teoricamente implausível. Aliás, demonstraremos oportunamente que, no contexto da metódica da proporcionalidade clássica, a conformação do fim, pressuposto de aplicabilidade da proporcionalidade clássica, exige do legislador um primeiro exercício de contrapeso, isto é uma pré-ponderação a um nível ainda relativamente abstrato da importância dos fins que visa e das interferências em bens, interesses ou valores que daí podem advir⁶⁶¹. Mas talvez não seja infundada a impressão de que o autor parece demasiado empenhado em demonstrar a tese de que a estrutura do *strict scrutiny* é assimilável à do princípio clássico da proporcionalidade.

Ora, embora seja irrefutável que é possível um quadro metódico em que um fim pode ser abstrata ou concretamente contrapesado com o sacrifício de bens, interesses ou valores que a sua prossecução provocará, de forma a determinar se

⁶⁵⁹ **Gottlieb**, «Compelling Governmental Interests...», p. 919, sugere um conjunto de fontes donde os *compelling interests* podem ser deduzidos: os direitos enunciados no texto constitucional (designadamente, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade), as zonas de penumbra das normas constitucionais e os meios para a prossecução de fins constitucionais especificados, mesmo aqueles que constam do preâmbulo da Constituição, como a justiça, a tranquilidade, a defesa, o bem-estar, a liberdade (pp. 937 e ss.). No entanto, num momento posterior do texto, o autor manifesta abertura a que o interesse governamental encontre suporte na Constituição *ou numa outra fonte com autoridade apropriada* (p. 963). Em qualquer caso, um *compelling state* (ou *governamental*) *interest* pode consistir no *interesse* em salvaguardar, garantir ou prosseguir *direitos subjetivos* protegidos pela Constituição. Isto é: pode haver restrição de direitos fundadas na prossecução de um *compelling interest* em criar as condições positivas propícias ao exercício de direitos.

⁶⁶⁰ **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 36 e 76; implicitamente no mesmo sentido, **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 946. **Sweet** acrescenta que o correlato dessa operação de *balancing* no âmbito da metódica da proporcionalidade é o segmento da proporcionalidade em sentido estrito.

⁶⁶¹ Adiante-se desde já, porém, que esta tese não é aceite pela maioria da doutrina. Cfr., por todos, **Barak**, *Proportionality...*, pp. 147 ss.

tem importância suficiente que justifique esse sacrifício, também é possível um quadro teórico em que o apuramento do grau de imperatividade do fim prescindia de tal operação.

É esta segunda hipótese que parece estar inscrita no "código genético" do *strict scrutiny*⁶⁶², sem prejuízo de variantes casuísticas que a prática jurisprudencial tenha gerado nas últimas décadas. Saber qual o direito afetado, bem como a carga de sacrifício suportada⁶⁶³, é o primeiro passo para definir se o teste de escrutínio judicial aplicável é o *strict scrutiny* e, sendo-o, se o é numa modalidade mais ou menos adstringente. Sendo aplicável, o segundo passo é apurar se o fim da limitação do direito é a satisfação de um *compelling interest*. O cumprimento destes dois passos não obriga ao contrapeso entre o fim e o sacrifício do direito. Houve (*definitional*) *balancing* num momento anterior, quando o legislador constituinte ou a jurisprudência constitucional definiram *ex novo* se uma determinada posição jurídica subjetiva devia integrar ou não o âmbito de proteção de um direito e se as suas limitações deveriam ser sujeitas a um crivo mais ou menos apertado. Mas, uma vez isso definido, o quadro normativo *categorialmente* definido aplica-se sem a necessidade de *balancing*.

4.4.3.4. Necessidade ou *narrow tailoring*

Confirmando-se um *compelling interest*, cabe verificar se a medida é necessária ou *narrow tailored*⁶⁶⁴. Na medida em que é por aqui que podem passar alguns lugares comuns com a proporcionalidade é importante dedicar um tratamento mais desenvolvido a este pilar estrutural e passo metódico.

⁶⁶² Contra, **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 39, *passim*. Note-se que o próprio autor escreve que o *balancing* de interesses era abertamente realizado no contexto do *compelling state interest* em casos iniciais dos anos 1960, mas deixou de ser tão aparente nos anos de 1970.

⁶⁶³ Conforme **Brownstein** demonstra em «How Rights Are Infringed...», pp. 894 ss., a existência ou não de um substancial *burden* sobre o direito funciona como teste preliminar à decisão sobre a própria aplicabilidade do *strict scrutiny*, ou, ao invés, de outro teste.

⁶⁶⁴ Sobre *narrow tailoring*, pode ver-se **Ayres**, «Narrow Tailoring...», *cit.*; **Ayres / Foster**, «Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring ...», *cit.*; **Volokh**, «Freedom of Speech, Permissive Tailoring...», *cit.*; **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1326 ss.; **Arroyo**, «Tailoring the Narrow Tailoring ...», *cit.*

As duas expressões são usadas indiferenciadamente por boa parte da doutrina⁶⁶⁵. O Supremo Tribunal começou por usar *necessity* passando depois a usar preferencialmente *narrowly tailored*^{666/667}. Porém, a circunstância de o *narrow tailoring* ser um teste "multiusos" que se molda a diferentes ambientes de escrutínio - vigorando também, por exemplo, no *intermediate scrutiny*, mas com um alcance diferente uma vez que aparentemente não abrange o teste *least restrictive means*⁶⁶⁸ -, leva alguns autores a preferir o uso do termo necessidade (*necessity*)^{669/670}. Aliás, essa característica mutante do teste permite-lhe assumir configurações diferenciadas, por exemplo, consoante se trate de casos de restrições de direitos da Primeira Emenda ou de casos de *affirmative action*⁶⁷¹. A existência de *necessity* implica uma relação causal entre a satisfação do fim e o meio escolhido. Se basta um mínimo de eficiência na satisfação do fim, ou se há um maior grau de exigência – por exemplo, alta ou plena eficiência –, é algo que não parece ter tido até aqui uma resposta clara.

A *necessity* ou *narrow tailoring* desdobra-se em pelo menos duas subcomponentes, eventualmente em quatro, cujo exame envolve juízos essencialmente empíricos⁶⁷². Envolve, pelo menos, o (i) avanço na prossecução do interesse, (ii) a adoção da *least*

⁶⁶⁵ V., por exemplo, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1326; **Chemerinsky**, *Constitutional Law...*, p. 554; **Barak**, *Proportionality...*, p. 511.

⁶⁶⁶ Em *McLaughlin v. Florida* (1964) e *Loving v. Virginia* (1967) o Tribunal usou a expressão "*necessary*". Depois passou a usar *narrowly tailored*, a partir do início da década de 1970 em casos da Primeira Emenda (*Grayned v. City of Rockford*, 1972 e *Police Dept. of Chicago v. Mosley*, 1972) e da década de 1980 em casos de *equal protection* (*Fullilove v. Klutznick*, 1980). **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», *cit.* p. 467, notando a tergiversação inicial, referia que o Tribunal atribuía significados equivalentes a *narrowly tailored* e *necessary*. V., também, **Siegel**, «Origin of the Compelling State Interest and Strict Scrutiny», pp. 361 ss.; **Arroyo**, «Tailoring the Narrow Tailoring...», *cit.*, p. 655, ensaia a explicação de que a evolução para o *narrow tailoring* no início dos anos setenta pode ter um significado material: a expressão *necessary* parece implicar uma relação muito mais apertada entre meios e fins do que *narrowly tailored*. O Tribunal pode ter querido dizer que a segunda componente do *strict scrutiny* iria passar a ser mais leniente.

⁶⁶⁷ V. a descrição de **Winkler**, «Fatal in Theory and Strict in Fact...», p. 800: "narrow tailoring requires that the law capture within its reach no more activity (*or less*) than is necessary to advance (...) compelling ends" (itálico acrescentado).

⁶⁶⁸ Como veremos, o Supremo Tribunal considera que o *intermediate scrutiny* envolve o *narrow tailoring* mas não o *least restrictive means*: v., por exemplo, *Ward v. Rock Against Racism* (1989).

⁶⁶⁹ **Chemerinsky**, *Constitutional Law...*, p. 554.

⁶⁷⁰ Como se extrairá da exposição subsequente, esta *necessity* ou necessidade não se confunde com o segmento da necessidade da proporcionalidade clássica.

⁶⁷¹ V., por todos, **Ayres/Foster**, «Don't Tell, Don't Ask...», *cit.*

⁶⁷² **Volokh**, «Freedom of Speech...», *cit.*

restrictive alternative (ou *the least restrictive means*, *less restrictive means*, *less drastic means*, e outras fórmulas alternativas⁶⁷³) e, eventualmente, (iii) a proibição da *underinclusiveness* e (iv) a proibição da *overinclusiveness*.

4.4.3.4.1. Avanço na prossecução do interesse

A primeira subcomponente impõe que o legislador demonstre que a lei realmente faz avançar a prossecução do interesse⁶⁷⁴. Esta dimensão corresponde notoriamente ao segmento da adequação na sua versão mais comum e menos exigente.

4.4.3.4.2. *The least restrictive alternative*

Nos termos da segunda subcomponente, a restrição de um direito desencadeadora do *strict scrutiny* só se considera justificada se for *the least restrictive alternative* (ou *mean*)⁶⁷⁵. Por outras palavras, a restrição não se considera necessária se os fins do legislador pudessem atingir o mesmo nível de satisfação⁶⁷⁶ através de medidas alternativas conhecidas e disponíveis⁶⁷⁷ que infligissem um sacrifício menor de direitos protegidos. Esta subcomponente obriga a uma operação de comparação entre medidas alternativas, pelo que o *strict scrutiny test* não se pode considerar exclusivamente um teste que relaciona meios e fins (*means-end test*). Desta feita, a

⁶⁷³ Na jurisprudência e na literatura americana aparecem as várias formulações. Todavia, a expressão mais vezes usada pela *Supreme Court* parece ser *the least restrictive means*.

⁶⁷⁴ **Volokh**, «Freedom of Speech...», texto acompanhando a nota 31.

⁶⁷⁵ O teste *less restrictive means* adquiriu individualidade e sedimentação próprias antes da sua incorporação no teste que estudamos no texto. Como se viu antes, surgiu no contexto da jurisprudência relativa à cláusula do comércio e terá sido aplicado pela primeira vez em 1875 em *Chy Lung v. Freeman*: **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 21.

⁶⁷⁶ Falando do mesmo resultado, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1326. Se o governo demonstrar que a medida alternativa é menos eficiente no atingimento do fim do que a adotada, esta sobrevive ao teste.

⁶⁷⁷ Como nota **Rawls**, «The Basic Liberties...», p. 74, seria demasiado drástico exigir, no próprio contexto da doutrina do *strict scrutiny*, a adoção do meio que se mostre em absoluto o menos restritivo entre os igualmente eficazes. As condições do *conhecimento* e da *disponibilidade* têm de estar preenchidas.

correspondência é claramente com o segmento da necessidade da proporcionalidade clássica.

4.4.3.4.3. Proibição de *underinclusiveness*

De acordo com a terceira subcomponente (*underinclusiveness inquiry*), a lei restritiva deve compreender todas as atividades que impliquem substancialmente as mesmas ameaças para o *compelling interest* que o legislador pretende enfrentar, sob pena de invalidade. A circunstância de uma medida legislativa não incluir todos os sujeitos ou enfrentar *todas* as atividades potencialmente ameaçadoras para o interesse imperativo pode configurar uma violação do princípio da igualdade ou, eventualmente, indiciar a prossecução de interesses ilegítimos ou causar uma situação em que um direito é restringido inutilmente porque não se atinjam os objetivos visados. O exame da *underinclusiveness*, quando se trata de proteger outros direitos, pode ser ainda uma forma sub-reptícia de aplicação do que na Europa se designa de proibição do defeito. Contudo, não podemos ir mais longe na exploração desse tópico⁶⁷⁸.

⁶⁷⁸ A circunstância de esta subcomponente da *necessity* ser o veículo que permite avaliar se a lei é *menos* restritiva do que o que devia ser para atingir os fins pode ser interpretada como uma sinalização de que no contexto americano se justifica um debate semelhante ao que existe na teoria geral da proporcionalidade sobre a questão de saber se esta também envolve a *proibição do defeito*. Contudo, esse debate não existe com esses contornos. Em parte, a lógica subjacente a esta referência à possibilidade de escrutinar se medida é *less active* (ou *underinclusive*) do que o necessário para atingir os fins *compelling*, parece ser a de que uma atuação menos impositiva do que o necessário indicia que, afinal, o Estado não é sincero na qualificação do fim como *compelling* (Winkler, «Fatal in Theory and Strict in Fact...», pp. 801, 803). A vigilância contra medidas “curtas” para atingir o fim não é motivada pela imperatividade desse fim, mas pelo facto de indiciarem que o fim não é *compelling* ou não é realmente o que é invocado. Esta preocupação conjuga-se com a circunstância de o *strict scrutiny* se justificar, para alguns, como um instrumento animado pela vontade de perseguir os motivos impróprios (*improper motives*) que eventualmente possam ser adotados ilegítima e sub-repticiamente pelo legislador em situações que afetam direitos: v., por exemplo, John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, p. 146. V. Cohen-Ely / Porat, «The Hidden Foreign Law Debate in Heller. The Proportionality Approach...», p. 34; Galloway, «Means-end Scrutiny...», p. 467; Siegel, «The Origin of the Compelling State Interest...», p. 10; Volokh, «Freedom of Speech...», texto acompanhando a nota 12. Mas, por outro lado, a *underinclusiveness* em certa medida também funciona como sucedâneo parcial do segmento de adequação que integra a proporcionalidade, numa modalidade qualificada ou de reforçada exigência. Fallon, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1327, sublinha porém que a *underinclusiveness* tem limites e que nem sempre conduz à declaração da inconstitucionalidade da lei, o que a reaproxima do segmento da adequação.

4.4.3.4.4. Proibição de *overinclusiveness*

Importa sim dedicar algum tempo aquela que é hipoteticamente a quarta componente do *strict scrutiny*, a proibição da *overinclusiveness*, uma vez que isso pode pôr a nu contrastes estruturais e de efetividade com o princípio da proporcionalidade⁶⁷⁹.

A estrutura e o alcance do *overinclusiveness inquiry* é difícil de delimitar. Isso não se deve apenas à dificuldade de tradução para a linguagem do direito continental europeu, uma vez que a própria literatura americana sublinha a ambiguidade com que o Supremo Tribunal trata esta componente da necessidade⁶⁸⁰. *Overinclusiveness* pode talvez traduzir-se literalmente por sobre-inclusividade ou sobre-abrangência. A ideia subjacente é inquirir se a medida tem um âmbito objetivo e/ou subjetivo de aplicação de tal forma amplo (*overbroad*) que produz efeitos que vão além do que seria estritamente necessário para atingir os fins imperativos visados. Uma medida que tenha um âmbito objetivo e/ou subjetivo de aplicação sobre-inclusivo é uma medida que tende a causar afetação de situações jurídicas que, em parte, não contribui em nada para a promoção do fim. Por outras palavras, há situações jurídicas subjetivas que são abrangidas pela medida, cujo sacrifício não contribui para promover os fins que visa.

Num quadro dogmático europeu típico teríamos de admitir que haveria questões de *overinclusiveness* a discutir em sede de igualdade, outras em sede de proporcionalidade, com todas as dificuldades que a delimitação entre a fronteira dos dois princípios suscita (v. *infra*). Passando por cima desse aspeto, há casos de *overinclusiveness* que são fáceis e outros que são difíceis.

Casos fáceis são aqueles em que há a alternativa de adotar uma medida que não tenha um âmbito de aplicação sobre-inclusivo. Por outras palavras, é possível destacar a parte da medida que é necessária e a parte da medida que é *overinclusive*, isto é, que causa a afetação de situações jurídicas que não contribui em nada para a promoção do fim. Nessas circunstâncias, as respostas do *strict scrutiny* e da proporcionalidade coincidem: a medida *overinclusive* é anulada simplesmente por

⁶⁷⁹ Discutindo o tema nesse ângulo, **Barak, *Proportionality*...**, pp. 517 ss.

⁶⁸⁰ V. **Volokh**, «Freedom of Speech...», texto acompanhando a nota 13; **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1328.

violação da subcomponente da obrigatoriedade de avanço na prossecução do interesse, no primeiro caso, ou do segmento da adequação, no segundo caso⁶⁸¹. A *overinclusiveness* não adquire relevo autónomo.

Casos difíceis são aqueles em que o segmento *overbroad* da norma não é sequer idealmente destacável do segmento em que a norma é adequada e necessária para atingir o fim com a intensidade ou eficiência pretendida pelo legislador.

Pode-se ilustrar a situação adaptando o muito criticado *Korematsu v. United States*, de modo a avaliá-lo sob a lente da *overinclusiveness*⁶⁸². Em causa estava uma ordem militar emitida durante a II Guerra Mundial que proibia cerca de 112 000 pessoas de origem japonesa de viver na Costa Oeste dos EUA. A intenção era prevenir atos de sabotagem, assumindo-se que aquelas pessoas tinham maior inclinação para colaborar com o inimigo japonês. Não se sabia quantas pessoas poderiam propender a praticar os atos de sabotagem. Partindo exclusivamente de uma base étnica, admitia-se que algumas, não todas, nem a maior parte, o pudessem fazer, mas não se sabia se o fariam e em que número. A eficaz aferição de quem poderia praticar esse tipo de atos não seria possível através da análise individual, um a um, de todos os indivíduos. Nestas circunstâncias, a única medida eficaz era proibir a residência da *totalidade* das 112 000 pessoas. Isentar dessa proibição quaisquer pessoa ou pessoas (uma, mil, cem mil) reduziria virtualmente a zero a potencial eficácia da medida, uma vez que não era possível saber à partida se a pessoa isenta era justamente a que tinha intenção de praticar sabotagem, ou se o grupo sujeito à proibição integrava todas as pessoas com essa (hipotética) intenção. Pode, por isso, admitir-se que não havia alternativa menos inclusiva capaz de atingir o resultado visado, a prevenção total do risco de sabotagem. Mas também é óbvio que uma vez que o critério de identificação do grupo de risco era exclusivamente étnico e não baseado em qualquer prognóstico minimamente seguro sobre se algumas pessoas tinham intenção de sabotar, quantas e quais, a medida era necessariamente sobre-inclusiva, isto é, incluía e afetava direitos de um grande número de pessoas, incluindo de muitas que não tinham realmente qualquer intenção de praticar atos

⁶⁸¹ No mesmo sentido, **Barak, *Proportionality*...**, p. 517.

⁶⁸² O exercício é feito por **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1328; v., também, **Barak, *Proportionality*...**, p. 519. O caso é de 1944, quando ainda não estava configurado o teste do *strict scrutiny*, tendo sido aplicada na altura a deferente *rational basis review* (cfr., por exemplo, **Siegel**, «Origin of the Compelling State Interest and Strict Scrutiny», p. 43).

de sabotagem, nem nunca os praticariam. Na altura as normas foram validadas⁶⁸³. Suscita-se a questão de saber qual a resposta que o teste da *overinclusiveness* daria à questão e se a resposta do teste da proporcionalidade clássica seria idêntica. Sob o prisma da proporcionalidade clássica, não havendo alternativas disponíveis igualmente eficazes menos restritivas, o caso não obtém resposta através dos segmentos da adequação ou da necessidade, mas sim no contexto da proporcionalidade e.s.e. Por isso, mesmo que se conclua que na situação concreta a única maneira de prevenir integralmente qualquer risco de atos de sabotagem praticados por cidadãos de etnia japonesa era proibir a residência de todos esses cidadãos numa certa zona do País, aquele segmento impõe o contrapeso da importância dos efeitos de satisfação dos interesses pertinentes - eliminar o risco de eventuais atos de sabotagem - e da importância dos efeitos de interferência noutros bens, interesses ou valores - o direito a ser tratado igualmente, o direito a não ter de abandonar a sua habitação ou a poder escolher o local de residência. Esse contrapeso pode ou não conduzir a uma conclusão de desproporcionalidade⁶⁸⁴. Quanto à resposta no quadro do *strict scrutiny*, é pouco clara⁶⁸⁵. Por um lado, não é seguro que o Supremo Tribunal anule a medida simplesmente por *overinclusiveness* quando não há alternativas não *overbroad*⁶⁸⁶. Se assim for, o *strict scrutiny* parece ser um crivo menos poderoso do que a proporcionalidade clássica. Com aquele, em situações de *overinclusiveness* a medida legislativa sobrevive, não havendo possibilidade de a submeter subsequentemente a mais nenhum teste. Vale apenas o teste *least restrictive mean*, com alcance *grosso modo* equivalente ao segmento da necessidade do princípio clássico da proporcionalidade. Diferentemente, com a proporcionalidade clássica há ainda a possibilidade de a medida legislativa soçobrar no contexto da avaliação da proporcionalidade e.s.e.⁶⁸⁷.

⁶⁸³ Poderia também usar-se um exemplo recolhido da jurisprudência constitucional israelita: pretendendo-se evitar ataques terroristas, proíbe-se todo e qualquer reagrupamento familiar, de modo a impedir que potenciais terroristas o aproveitem para se introduzir em território nacional (a situação de *Adalah-The Legal Center for the Rights of the Arab Minority v. Minister of Interior*, objeto de uma decisão do Supremo Tribunal de Israel, em 2006).

⁶⁸⁴ No mesmo sentido, **Barak, *Proportionality*...**, p. 518.

⁶⁸⁵ **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1328; **Barak, *Proportionality*...**, pp. 518 ss.

⁶⁸⁶ **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1328-1329, nota e discute a indefinição, inclinando-se para a eventualidade de o Tribunal tendencialmente não anular a medida legislativa baseado apenas em *overinclusiveness*.

⁶⁸⁷ Assim, **Barak, *Proportionality*...**, p. 518.

Se, ao invés, o juiz constitucional americano atribuir à *overinclusiveness* relevância autônoma no quadro do *strict scrutiny*, designadamente conferindo-lhe o estatuto de parâmetro anulatório de medidas como a de *Korematsu*, aquele teste é um crivo mais forte do que a proporcionalidade clássica, na medida em que invalida medidas que, se submetidas a esta, lhe poderiam sobreviver.

Uma interessante proposta de superação deste (eventual) radical ser ou não ser, isto é, da possibilidade de, em situações de *overinclusiveness*, o *strict scrutiny* oscilar entre ficar prematuramente desarmado perante limitações *overbroad* ou suscitar uma reação excessivamente rígida, é a que FALLON propõe, *de jure condendo*. Trata-se da inclusão, na *necessity* ou *narrow tailoring*, de uma subcomponente adicional, designada *proportionality*⁶⁸⁸. O autor invoca a analogia ou similitude com o teste da proporcionalidade em sentido estrito vigente em outros ordenamentos, mas rejeita a sua identidade⁶⁸⁹. A *proportionality* tem interesse sobretudo (embora não exclusivamente) para os casos difíceis acima referidos, isto é, situações de medidas *overinclusive* em que a não é possível, nem sequer idealmente, destacar o segmento não sobre-inclusivo. Em vez de uma resposta "tudo ou nada", que considera a sobre-inclusividade irrelevante ou relevante, em absoluto, FALLON sugere que a questão central reside em saber até que ponto a *overinclusiveness* é tolerável e quando é que o nível de *overinclusiveness* deve ser considerado excessivo. A *overinclusiveness* tanto pode ser tolerável, não invalidando a medida, como pode conduzir à sua invalidade. Isso requer, diz o autor, um exercício de *balancing*: "na averiguação sobre se um grau de infra ou sobre-inclusividade é tolerável, um tribunal tem de julgar se o dano ou mal infligido a um direito protegido é constitucionalmente aceitável à luz de um interesse imperativo do governo, da probabilidade de a política desafiada o atingir e das alternativas disponíveis para a prossecução do mesmo fim"⁶⁹⁰. Aparentemente, o autor propõe a valoração da redução marginal do risco para a promoção do interesse público assegurada por uma medida *overbroad*, em

⁶⁸⁸ Fallon, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1330 e ss. Nota que o Supremo Tribunal não se pronunciou sobre esta hipótese doutrinal, pelo que não é seguro que a jurisprudência a ela adira (sendo insuficientemente clarificadora a referência colhida de um voto de vencido do juiz Breyer em *United States v. Playboy Entertainment Group* (2000). Notando esta dificuldade, v., também, Barak, *Proportionality*..., p. 520.

⁶⁸⁹ Fallon, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1330.

⁶⁹⁰ *Idem*. A referência à *underinclusiveness*, parece ter menor propriedade e aplicabilidade, como o próprio autor admite.

comparação com a valoração do risco para esse interesse resultante da eventual adoção de medida nenhuma ou de uma medida não *overbroad*. Se a redução do risco marginal para o interesse público resultante da adoção de uma medida *overbroad* justificar o acréscimo marginal de restrição dos direitos imposta pela sobre-inclusividade da medida *overinclusive*, a adoção desta não é *inconstitucional*⁶⁹¹. Se esta interpretação do pensamento do autor estiver correta, ela assemelha-se ao modelo *ponderado* do segmento da necessidade, que estudaremos e rejeitaremos adiante⁶⁹².

4.5. *Intermediate scrutiny*

Não obstante alguma tendência para a uniformização, sobretudo ao nível dos *appellate courts*⁶⁹³, a expressão *intermediate scrutiny* não recobre um único mas um número variável de testes.

Desenvolvidas depois da conclusão do processo de conceção jurisprudencial do *rational basis* e do *strict scrutiny*, as múltiplas fórmulas de *intermediate scrutiny* tendem a ser assumidas como categoria supletiva ou residual, disponível quando o órgão de controlo entende que os outros testes – particularmente o *strict scrutiny* – não se aplicam ao caso, seja por não haver base para uma forte presunção a favor ou contra a constitucionalidade da medida⁶⁹⁴, ou por o direito ou a dimensão que está em causa se situar numa zona periférica da proteção constitucional, ou por o grau

⁶⁹¹ *Idem*, p. 1331. O autor assinala que a averiguação da *proportionality* cabe, ou tem uma função útil, em qualquer das versões do *strict scrutiny*. Isto é, apesar de refletir melhor as preocupações da versão *balancing* calibrado, teria também utilidade ou aplicação no contexto das outras duas versões. No âmbito da versão *deteção de motivos ilícitos* a desproporção entre meios e fins (isto é, uma opção intolerável por uma medida *over* ou *underinclusive*) pode indiciar a prossecução de fins ilícitos não assumidos ou confessados; na versão *proibição quase categorial*, em que só a prevenção de uma calamidade pode justificar a restrição do direito, pode aplicar-se o teste da *proportionality* para ver se a medida do governo se justifica à luz do grau de risco de calamidade que de outro modo existiria se não fosse tomada a medida *over* ou *underinclusive* (*ob. cit.*, p. 1334, nota).

⁶⁹² *Infra*, capítulo 16.

⁶⁹³ Destaca e estuda a importância da jurisprudência dos *appellate courts* no que toca à estabilização, uniformização e aplicação sistemática dos *intermediate tests* como *standard* supletivo, particularmente a partir de meados da década de 1980, **Bhagwat**, «The Test that Ate Everything: Intermediate...», pp. 802 ss. O autor dá conta de uma verdadeira erupção de casos em que estes tribunais aplicam o teste, com particular incidência já no século XXI.

⁶⁹⁴ **Sullivan / Frase, *Proportionality Principles*...**, p. 57.

do seu sacrifício não atingir um limiar determinado, ou por o direito assumir no caso um peso relativamente reduzido, embora em qualquer caso se verifique uma relação com aspetos altamente protegidos, por exemplo, pela Primeira Emenda.

A delimitação exata dos direitos ou posições jurídicas subjetivas a cuja limitação se aplica é, por isso, muito mais imprecisa do que nos testes anteriores⁶⁹⁵. Mencionam-se casos atinentes ao princípio da igualdade em situações de classificações "quase suspeitas" (género ou idade) e de liberdade de expressão em contexto comercial ou em *fora* públicos⁶⁹⁶. No entanto, a literatura mostra que a opção pela aplicação do *intermediate scrutiny* começou por decorrer e pode ocorrer não de acordo com um critério preciso mas em função de aspetos conjunturais tão prosaicos quanto a "correlação de forças conjuntural" do Supremo Tribunal ou a simples evolução da respetiva composição.

Sob o *intermediate scrutiny*, o ato restritivo será válido se estiver substancialmente relacionado com um fim governamental *importante*. Central ao *intermediate scrutiny* é, conseqüentemente, averiguar se os interesses do governo que justificam a restrição do direito são *importantes* (ou *suficientemente importantes*, *substanciais* ou *significativos*)⁶⁹⁷. Não basta serem legítimos, nem têm de atingir o patamar de superlatividade que caracteriza os *compelling interests*.

Tal como acontece com estes últimos, não há nenhuma definição ou enunciação constitucional ou jurisprudencial do que são interesses importantes. Não estão estabelecidas as qualidades intrínsecas que permitam distinguir os interesses importantes dos interesses *compelling* e tão pouco se pode dizer que os interesses públicos que justificam a restrição dos direitos no contexto de um *intermediate test* têm invariavelmente um peso inferior aos interesses públicos que justificam restrições no âmbito do *strict scrutiny*.

No contexto deste teste, o ónus da prova da constitucionalidade cabe ao autor do ato⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ Sullivan / Frase, *Proportionality Principles...*, p. 57, observa que, em geral, o *intermediate scrutiny* é aplicado quando os interesses constitucionais competidores têm um valor constitucional relativamente igual.

⁶⁹⁶ Barak, *Proportionality...*, p. 511; Sullivan, «Post Liberal Judging...», p. 298, fala também em situações de *affirmative action*.

⁶⁹⁷ Sullivan, «Post Liberal Judging...», p. 298; Chemerinsky, *Constitutional Law...*, p. 553.

⁶⁹⁸ Chemerinsky, *Constitutional Law...*, p. 553.

Devido à génese “por exclusão de partes”, *ad hoc*, os *intermediate scrutiny tests* foram-se afirmando com uma estrutura ainda mais imprecisa e assistemática que os outros dois *standards*⁶⁹⁹. O Tribunal procurou responder a algumas das dúvidas e críticas, enfatizando além disso os traços comuns destes novos testes. Todavia, uma das questões que continuam a ser discutidas é se são reproduzidos no *intermediate scrutiny* alguns dos traços estruturais do *strict scrutiny* (a necessidade ou *narrow tailoring* dos meios e os seus desdobramentos do avanço na prossecução do interesse, do *least restrictive alternative*).

De um número representativo de decisões, resulta que no *intermediate scrutiny* os meios têm de ser *narrowly tailored*, isto é, têm de ser bem recortados e não devem sobrecarregar o direito mais do que o necessário para promover os interesses legítimos do Governo. Todavia é duvidoso que isso tenha o mesmo significado que no *strict scrutiny*.

Quanto à exigência de que o meio contribua para a prossecução do fim, o Tribunal não parece contentar-se com uma adequação *mínima*, se é lícito importar uma linguagem da dogmática da proporcionalidade clássica. Assim, os meios escolhidos têm de ser mais do que um modo razoável de atingir o fim: o tribunal tem de acreditar que existe uma relação substancial entre o ato e a prossecução do objetivo. Uma das primeiras decisões – se não a primeira – em que esta fórmula emergiu foi *Craig v. Boren* (1976). Dividido sobre qual dos *standards* pré-existentes deveria aplicar em situações de discriminação em razão do género, o Supremo Tribunal optou por uma terceira via. Naquela sentença, que declarou a inconstitucionalidade da lei em apreciação⁷⁰⁰, decidiu-se que o tratamento desigual em razão do género só é admissível face à *equal protection clause* desde que haja uma *relação substancial* entre esse tratamento e o atingimento de um interesse governamental importante. Isto é, mais do que contentar-se com a simples prossecução de *fins legítimos* e com uma relação racional entre meios e fins, requisitos associados à *rational basis*, e

⁶⁹⁹ Criticando logo na década de 1980 a deficiente demarcação do significado a atribuir aos vários níveis de interesses, **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», p. 481; frisando a orientação do texto, **Bhagwat**, «The Test that Ate Everything: Intermediate...», p. 821. De acordo com a investigação feita pelo autor, 3/4 dos casos decididos pelos tribunais que aplicam o *intermediate scrutiny* culminam com a sustentação da lei, o que pode ser justificado pelo desequilíbrio entre o peso reduzido do direito e o peso elevado do interesse governamental em causa.

⁷⁰⁰ Uma lei de Oklahoma que proibia a venda de cerveja com baixo teor alcoólico a mulheres com menos de 18 e a homens com menos de 21 anos. O fim alegado pelo Estado era a proteção da segurança pública.

menos do que a exigência da adoção da medida *less restrictive* para a prossecução de um *compelling state interest*, requisitos associados ao *strict scrutiny*, exigiu-se que os fins prosseguidos fossem importantes e que houvesse uma *relação substancial* entre a medida diferenciadora e o atingimento dos fins (concluindo-se que não havia).

Orientação análoga foi seguida em casos referentes a dimensões da liberdade de expressão onde o Tribunal entendeu não ser aplicável o *strict scrutiny* por serem periféricas, ou por terem menor peso ou menor valor, ou por representarem uma intervenção menos intensa no direito fundamental⁷⁰¹.

Porém, estes parâmetros estruturais não subsistem em todas as decisões: noutros casos, requer-se, por exemplo, “uma persuasiva justificação”⁷⁰². Por outro lado, houve situações em que se admitiu que a relação entre meio e fim assumisse um nexó mais enfraquecido, exigindo-se apenas, por exemplo, que a relação entre a medida e os fins fosse razoável (*reasonable fit*)⁷⁰³.

⁷⁰¹ V. Fallon, «Strict Judicial Scrutiny», pp. 1298-1299; Chemerinsky, *Constitutional Law...*, p. 553, identifica os vários setores em que o teste é aplicado, entre os quais vários tipos de discriminação; Bhagwat, «The Test that Ate Everything: Intermediate...», p. 787, identifica as raízes dos *intermediate tests* no contexto das restrições à liberdade de expressão, percorrendo casos (alguns anteriores a 1976) sobre restrições da liberdade de expressão em razão do tempo, lugar e modo, sobre condutas simbólicas, *mass media*, expressão comercial, expressão de funcionários governamentais, regulação de atividades sexualmente orientadas, contribuições políticas; também Novais, *As restrições...* Em todos estes setores foram delineados testes próprios, qualificados de *intermediate*.

⁷⁰² Que Sweet, «All Things in Proportion?...», p. 61, considera ser equivalente à demonstração de uma relação substancial com um interesse importante do governo.

⁷⁰³ *Board of Trustees of the State University of New York v. Fox* (1989).

Pode-se discutir se o *standard* “*undue burden*”, que, entre outros domínios, emergiu em decisões sobre aborto⁷⁰⁴, é uma modalidade específica de *intermediate scrutiny*⁷⁰⁵.

⁷⁰⁴ A primeira decisão determinante sobre aborto foi produzida numa época de predomínio de juízes liberais, em *Roe v. Wade* (1973), logo seguida de *Doe v. Bolton*: v. um sumário em **Chemerinsky, *Constitutional Law*...**, pp. 840 ss. O Supremo Tribunal rejeitou quase totalmente a possibilidade de condicionamentos ao direito da mulher a terminar uma gravidez no primeiro trimestre, admitiu restrições limitadas a esse direito no segundo trimestre e permitiu restrições intensas no terceiro trimestre, após a viabilidade do feto. O teste aplicado foi o *strict scrutiny*. Considerou-se que o direito à interrupção da gravidez tem base constitucional, fazendo-o derivar do direito à privacidade que, por seu turno, decorre da garantia constitucional da liberdade. Uma perspectiva diferente, centrada na discussão sobre se os condicionamentos legais constituem um *undue burden* sobre esse direito, começou por ser ventilada pela juiz O'Connor em 1983 (*Akron v. Akron Ctr. for Reprod. Health*), em substituição do *strict scrutiny*. Este *standard* acabaria por ser finalmente perfilhado no julgamento de alegadas restrições ao direito ao aborto em *Casey v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania* (1992), alterando o padrão daquele *Roe v. Wade*. Em *Casey* estava sob escrutínio, designadamente, a imposição de obrigações de disponibilização de informação sobre vários aspetos relacionados com o aborto e as alternativas, de um período de espera de 24 horas, do consentimento dos pais em caso de a mulher ser menor, de registo e de relatórios médicos, de demonstração da prévia notificação do cônjuge. O *undue burden test* parece deixar mais patente a operação de contrapeso que é efetuada entre aquele direito da mulher e o interesse do Estado a proteger o feto nos meses finais de gestação e de que modo é que a prossecução deste interesse pode significar um sacrifício excessivo daquele direito. Sobre esta evolução v., por exemplo, a análise crítica de **Faigman**, «Madisonian Balancing...», *cit.*, pp. 686 e ss.; **Brownstein**, «How Rights Are Infringed...», *cit.*

⁷⁰⁵ Não obstante serem tratados por alguns autores como testes diferentes ou alternativos: v., por exemplo, **Chemerinsky, *Constitutional Law*...**, p. 555; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 62 ss., 69. Numa comparação histórica, o teste do *undue burden* assemelha-se ao *unreasonable burden* de casos referentes à cláusula do comércio [v., por exemplo, *Reid v. Colorado* (1902)] e tem manifestos pontos de sobreposição com o teste do *less restrictive mean* ou *less drastic mean*, na medida em que todos procuram genericamente evitar medidas desnecessariamente restritivas ou impositivas, ou que constituam um sacrifício desnecessário ou indevido de posições jurídicas subjetivas. **Brownstein**, «How Rights Are Infringed...», *cit.*, investiga se o *undue burden* foi de facto criado unicamente para *Casey* (como alegou o juiz Scalia), sem quaisquer raízes no direito constitucional (como escreveu o *Chief Justice* Rehnquist), ou se representava já nessa altura um parâmetro geralmente aceite para avaliar leis alegadamente violadoras de direitos fundamentais (orientação dos juízes O'Connor, Kennedy, Souter). O autor assinala que inicialmente não era certo se o *undue burden* era um teste preliminar para avaliar se a restrição do direito tinha ou não de ser sujeita ao *strict scrutiny* (em caso de *undue burden*, teria de ser), ou se poderia ser visto como um *tertio genus*, ou teste alternativo, em relação ao *strict scrutiny* e ao *rational basis* (*ob. cit.*, p. 879). Na base dessa ambiguidade podem construir-se três versões do teste: (i) uma primeira concentra-se exclusivamente nos efeitos sobre o direito infringido, avaliando se há um sacrifício substancial, circunstância em que se aplica o *strict scrutiny*; em caso negativo, aplica-se o *minimum rationality review*; (ii) uma segunda, assimilável ao emprego em *Casey*, acrescenta um *intermediate level of scrutiny* e baseia-se numa operação de *ad hoc balancing*; (iii) uma terceira, concentra-se nos fins da medida e utiliza o conceito de *undue burden* para invalidar medidas com fins inaceitáveis, mesmo que o seu impacto no direito seja pequeno (**Brownstein, ob. cit.**, pp. 893-894). Independentemente das leituras ou arrumações a dar ao teste, é claro que tal como aplicado em *Casey* ele operacionaliza a comparação e contrapeso do grau de sacrifício infligido a um direito – no caso, o direito ao aborto – imposto por uma medida legislativa, com os benefícios atingidos para os interesses prosseguidos – no caso, os interesses do estado em proteger a vida em potência do nascituro, a saúde da mãe e até os interesses do cônjuge desta. *Undue burden* ou *desproporcionado* são expressões que partilham um fundo comum.

Quanto às demais componentes do *narrow tailoring*, aparentemente não se exige que os meios sejam os *least restrictive* e, porventura, também não se obsta a que sejam *underinclusive*⁷⁰⁶. Mesmo em casos em que foi adotado o *four part test*⁷⁰⁷ não se examinou se havia *less restrictive means*, exigindo-se apenas que as medidas não tivessem um âmbito mais amplo do que o necessário para atingir o fim desejado⁷⁰⁸. Isto distancia estes testes do princípio da proporcionalidade, uma vez que incorporam o que se pode considerar equivalente à adequação, mas não o que corresponde ao segmento da necessidade. Porém, há quem não afaste a aplicabilidade do teste *less restrictive alternative* também no *intermediate scrutiny*⁷⁰⁹.

Por outro lado, a subcomponente da *overinclusiveness* padece aqui da mesma ambiguidade que no contexto do *strict scrutiny*, havendo indicações de que só tem

⁷⁰⁶ **Volokh**, «Freedom of Speech...», nota 29.

⁷⁰⁷ V., por exemplo, *Central Hudson Gas & Electric v. Pub. Serv. Comm.* (1980), *Ward v. Rock Against Racism* (1989). O *four part test* é menos adstringente que o *strict scrutiny* mas mais invasivo do que o *rational basis*. Foi desenhado no âmbito da proteção da comunicação (liberdade de expressão) comercial. Pressupõe (i) um certo conteúdo dessa comunicação e a (ii) substancialidade do interesse governamental que justifica a sua restrição. Por outro lado, exige que a regulação (iii) promova diretamente aquele interesse governamental e que (iv) não seja mais extensiva do que o necessário para servir esse interesse. A propósito **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1299; **Bhagwat**, «The Test that Ate Everything: Intermediate...», pp. 794 ss.

⁷⁰⁸ **Volokh**, «Freedom of Speech...», nota 29; **Sullivan / Frase, Proportionality Principles...**, p. 59 (ao contrário dos testes europeus da proporcionalidade, o *intermediate scrutiny* não requer a estrita necessidade ou o *less restrictive means*); **Chemerinsky**, p. 553. A título de exemplo, em *Ward v. Rock Against Racism* (1989), onde estava em causa uma alegada restrição à liberdade de expressão *neutral* em relação ao conteúdo, isto é baseada em circunstâncias de tempo, lugar e modo, onde é vulgarmente aplicado o *intermediate scrutiny*, o Tribunal disse: "(...) we reaffirm today that a regulation of the time, place, or manner of protected speech *must be narrowly tailored* to serve the government's legitimate, content-neutral interests but that *it need not be the least restrictive or least intrusive means* of doing so (...)" (ênfases aditadas). Na mesma linha, o juiz Scalia, no seu voto de vencido em *United States v. Virginia et al.* (1996), indicia que o *intermediate scrutiny* nunca exige uma *less-restrictive-means analyses*;

⁷⁰⁹ O "verdadeiro" *narrow tailoring* – isto é, aquele que vale no âmbito do *strict scrutiny*, traduzido designadamente na ideia de obrigação de escolha do *less restrictive mean* – também seria aplicável em certas modalidades do *intermediate scrutiny*: neste sentido **Bhagwat**, «The Test that Ate Everything: Intermediate...», *cit.*, 828, sustentando que essa é a "mensagem" de algumas decisões do *Supreme Court*, como *Bartnicki v. Vopper* (2001), e defendendo essa opção para determinadas áreas de restrições à liberdade de expressão dentro de espaços de apropriação privada; **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», *cit.*, p. 481, já via indícios desta doutrina em sentenças como *Mississippi University for Women v. Hogan* (1982); **Chemerinsky, Constitutional Law...**, p. 553, nota que em alguns casos o Supremo Tribunal rejeitou o uso da *less restrictive analysis*, mas noutros casos adotou fórmulas similares.

efeito invalidante a sobre abrangência que seja substancial, mas sem que seja claro o significado de tal categoria normativa⁷¹⁰.

Tanto quanto é possível uma súmula, um dos traços unificadores do *intermediate scrutiny* é uma versão enfraquecida da necessidade ou do *narrow tailoring*.

Outro dos eventuais traços unificadores do *intermediate scrutiny*, referido pela doutrina, é a circunstância de poder incorporar operações de *balancing*. Em alguns casos invoca-se o denominado *four part test*, mas não parece que ele corresponda inteiramente aos traços da proporcionalidade clássica, pelo que não desmente os mais céticos sobre a possibilidade de assimilação⁷¹¹. Em todo o caso, a grande oscilação jurisprudencial e doutrinal que caracteriza este teste não permite excluir em definitivo, ao contrário do que vimos a propósito do *strict scrutiny*, a possibilidade de alguns expressões do *intermediate scrutiny* incorporarem exercícios de *balancing*⁷¹². Da sua estrutura consta necessariamente a averiguação sobre se o interesse público ou governamental prosseguido pela lei é importante, substancial ou significativo. Ora, a noção de interesse importante do Estado seria em alguns casos relativizado em função do direito limitado pela norma legislativa.

Em qualquer caso, mesmo admitindo-se que a componente *narrow tailoring* do *intermediate scrutiny* é comparável, com *nuances*, ao segmento da adequação e confirmando-se que em alguns casos são incorporados exercícios de *balancing* comparáveis com a proporcionalidade em sentido estrito, a completa assimilação ou aproximação ao princípio da proporcionalidade só seria possível se no contexto da proporcionalidade se aceitassem modalidades que prescindam do segmento da

⁷¹⁰ Veja-se de novo *Ward* para aferir o modo como o Tribunal enunciou o alcance desse teste: [T]he requirement of narrow tailoring is satisfied (...) so long as the . . . regulation promotes a substantial government interest that would be achieved less effectively absent the regulation (...) To be sure, this standard does not mean that a time, place, or manner regulation may burden *substantially more speech than is necessary* to further the government's legitimate interests. Government may not regulate expression in such a manner that a *substantial* portion of the burden on speech does not serve to advance its goals (...). So long as the means chosen are not *substantially* broader than *necessary* to achieve the government's interest, however, the regulation will not be invalid simply because a court concludes that the government's interest could be adequately served by some less-speech-restrictive alternative" (citações omitidas, ênfases aditadas).

⁷¹¹ É o caso de **Barak**, *Proportionality: Constitutional Rights...*, p. 512, que apenas admite a similitude entre este teste e o teste da adequação da proporcionalidade clássica ou, na sua terminologia, da relação substancial entre o fim e o meio.

⁷¹² V. **Geoffrey R. Stone**, «Content-Neutral Restrictions», in *University of Chicago Law Review*, vol. 54 (1987), p. 58; **Sullivan**, «Post Liberal Judging. The Roles of Categorization and Balancing», p. 297; **Bhagwat**, «The Test that Ate Everything: Intermediate...», p. 820; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 54 ss., esp. 61.

necessidade, hipóteses que estudaremos mais tarde, mas que, desde já se pode antecipar, rejeitaremos⁷¹³.

Sem prejuízo da súmula oferecida, toda e qualquer conclusão sobre esta gama de testes é provisória. O esforço de sistematização e de clarificação está longe de concluído não sendo por enquanto viável identificar consistentemente um tronco comum e uma forma unificada de *intermediate scrutiny*⁷¹⁴. Eventualmente pode ser impossível representar coerentemente toda a variedade de indicações que a jurisprudência constitucional tem fornecido. A fórmula dos *intermediate scrutiny tests* não adquiriu estabilidade nem consistência (sendo frequentes as discussões na doutrina sobre qual dos testes o *Supreme Court* ou outros tribunais empregaram em determinado caso). Não surpreende, por isso, que a figura suscite críticas dentro⁷¹⁵ e fora do Supremo Tribunal⁷¹⁶. A imprevisibilidade e a instabilidade da garantia dos direitos, inerentes a um sistema de (pelo menos dois) graus de escrutínio, aumenta com a construção de um terceiro grau, ainda para mais de banda larga. Um terceiro grau obscurece inevitavelmente as fronteiras da aplicação dos demais dois testes. Acresce que os desenvolvimentos mais recentes, particularmente ao nível dos *appellate courts*, parece revelar uma tendência expansionista do teste, mesmo para áreas onde eventualmente se esperaria a aplicação de outros testes mais exigentes. Daí que se fale de “*the test that ate everything*” ...⁷¹⁷.

⁷¹³ Esta conclusão terá de sofrer uma revisão significativa se se confirmar a leitura de **Bhagwat**, «The Test that Ate Everything: Intermediate...», p. 828, anteriormente referida, de que o Supremo Tribunal poderá estar a evoluir para a incorporação da componente *less restrictive mean* nestes testes.

⁷¹⁴ **Bhagwat**, «The Test that Ate Everything: Intermediate...», p. 802, nota que esse processo terá ido mais longe nos demais tribunais (*courts of appeals*).

⁷¹⁵ V., por exemplo, a forte oposição do juiz Rehnquist, logo em *Craig. V. Boren* (1976).

⁷¹⁶ Entre outros, **Galloway**, «Means-end Scrutiny...», *cit.* 488; **Bhagwat**, «The Test that Ate Everything: Intermediate...», pp. 816 ss.; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 60.

⁷¹⁷ O título do trabalho de **Bhagwat**, *cit.*,

5. A proporcionalidade na América (*Constitutional Law in the age of proportionality*)?

As diferenças entre o modo como a jurisprudência constitucional americana enfrenta a questão da restrição de direitos fundamentais imposta pela prossecução de interesses públicos e o modo como essa questão é abordada na Europa e mais além, do Canadá a Israel e África do Sul e até espaços do território chinês (Macau, Hong Kong) são pronunciadas.

O ponto de partida para compreender essas diferenças é a tensão “madisoniana” entre a prevalência da maioria e a proteção absoluta de um espaço individual intocável de liberdade, vigente nos EUA. Essa tensão traduz-se numa conceção mais individualista do que a prevalecente nas ordens jurídicas onde a proporcionalidade se instalou paulatinamente, pautadas por um paradigma mais comunitarista⁷¹⁸. Nestes ordenamentos, quando a prossecução de um interesse público implica a restrição ou sacrifício de direitos fundamentais, aplica-se generalizadamente o princípio da proporcionalidade – com diferenças de ordenamento para ordenamento –, o qual não é opcional e tem estrutura essencialmente una, não obstante as diferenças de intensidade ou graduação na sua aplicação. Nos EUA, perante a necessidade de fiscalizar judicialmente o modo como essas colisões são resolvidas pelo legislador, o *Supreme Court* concebeu técnicas e testes relativamente precários, crescentemente complexos e sensíveis aos posicionamentos pessoais dos juízes, com estruturas e metódicas aplicativas diferenciadas⁷¹⁹.

Assinalando a sua maior ou menor proximidade com as correntes não formalistas, realistas, pragmatistas, de um lado, ou com as correntes formalistas do pensamento jurídico americano, do outro, arrumámo-los em quatro categorias assimétricas – *balancing*, *rational basis*, *intermediate scrutiny*, *strict scrutiny* –, mas a verdade é que

⁷¹⁸ Associando o princípio da proporcionalidade à visão comunitária vigente na Europa, nos termos da qual a proteção dos direitos tem de ser consistente com a ordem social, contrastante com a tendência individualista que prepondera na sociedade americana, **Rao**, «On the Use and Abuse of Dignity...», pp. 232-233.

⁷¹⁹ No presente texto focamos essencialmente o panorama no direito constitucional, mas pode dizer-se que o direito administrativo dos EUA não terá progredido muito desde que, na década de 1970, **Bermann** notou, logo a abrir o seu artigo «The Principle of Proportionality», p. 415, que a questão de saber se é aplicável um requisito geral de proporcionalidade na ação governamental era uma questão improvável para um jurista americano.

a análise de cada uma permitiu concluir que há diversas variações de cada um dessas técnicas ou instrumentos. Assim, recompilando a exposição anterior, distingue-se entre: (i) *definitional balancing* e *ad hoc balancing*; (ii) *rational basis test* e *rational basis* (ou *minimal scrutiny*) *with a bite*; (iii) vários tipos, casuisticamente elaborados, de *intermediate scrutiny*; (iv) versão quase categorial do *strict scrutiny*, versão *weighted balancing*, versão de controlo de motivos ilícitos⁷²⁰.

Este contraste entre as tendências dos EUA e dos demais ordenamentos decorre das condições próprias do pacto básico americano, tal como refletido no direito constitucional, e da teoria de direitos fundamentais prevalecente. Apesar de em alguma medida formalmente idênticos aos de outros Estados, os vetores do direito constitucional têm uma configuração própria, refletida na leitura rígida do princípio da separação de poderes, na concepção radicalmente neutral do Estado e da Constituição, de modo a abrir espaço máximo para a coexistência de mundivisões individuais e ideologias díspares e na crença absoluta na democracia representativa e na soberania do povo⁷²¹. Estes vetores e dimensões constitucionais endêmicas explicam o ambiente de desconfiança ou ceticismo⁷²² em relação aos *instrumentos de judicial review*, nomeadamente aqueles que propiciam maior intrusividade na atividade do legislador. O *strict scrutiny* ou o *balancing*, na medida em que proporcionam intervenções dos tribunais alegadamente intensas na esfera de liberdade e até na esfera do legislador, estão eles próprios sob escrutínio permanente. Por isso, a aplicação dos testes mais “protetores” dos direitos face ao legislador, designadamente o *strict scrutiny* nas suas versões mais fatais (*strict in theory, fatal in fact...*), é circunscrita ou limitada a certos domínios do direito constitucional, quando estão em causa direitos particularmente qualificados, ao invés do que sucede com o princípio da proporcionalidade clássica.

⁷²⁰ Ligeiramente diferente, mas com amplas zonas de sobreposição, **Kelso**, «Standards of Review...», pp. 258-259.

⁷²¹ Sobre o contexto constitucional norte-americano como causa determinante para o *balancing* (que os autores assimilam à proporcionalidade) ter uma configuração e um âmbito de aplicação mais limitado nos EUA do que na Europa, em particular na Alemanha, v. **Cohen-Ely** / **Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...», pp. 28 ss. Nos EUA vigora um *bounded sense of balancing* enquanto na Europa vigora um *intrinsic balancing*.

⁷²² Sobre o ceticismo como um dos vetores do pensamento constitucional americano veja-se, por todos, **Bomhoff**, *Balancing*..., particularmente quadro da p. 233.

Associada à proliferação de testes - sem que se possa determinar exatamente o que é causa e o que é efeito - pontifica a orientação vetorial do direito constitucional americano de que os direitos não são todos iguais, ainda que a sua fonte formal seja a mesma. Por isso, o rigor no escrutínio judicial de restrições pode variar, recorrendo-se a uma gama de testes que podem ir desde a quase total deferência em relação às escolhas do legislador, até *standards* que tais escolhas só excepcionalmente superarão. O modo como os direitos fundamentais são recebidos e enquadrados pela Constituição americana concorre para essa proliferação de testes, mas também para um recurso menos sistemático e menos consistente a eles do que aquele que ocorre com o princípio da proporcionalidade noutras latitudes.

Nos EUA não desapareceu, antes se reconverteu, o corolário do pensamento formalista clássico que consiste em interpretar o âmbito de aplicação de muitos direitos em termos absolutos, sem abertura textual a limites ou restrições (*rights as absolute trumps*⁷²³). Isto suscita a necessidade de a jurisprudência e a doutrina procurarem, através da interpretação da Constituição (nem sempre com sucesso, como o mostra a necessidade de “invenção” dos testes analisados...), delimitações claras – categoriais –, frequentemente restritivas, do conteúdo e âmbito dos direitos, de modo a evitar colisões entre eles e com interesses públicos, com a consequência de esse mesmo conteúdo e âmbito poder ser mais apertado do que na Europa⁷²⁴. Em contrapartida, a técnica usada na Lei Fundamental de Bona e em muitas

⁷²³ A metáfora dos direitos como trunfos de **Dworkin**, *Taking Rights Seriously*..., p. 184, «Rights as trumps», *cit.*, quadra bem com a Constituição americana e compreende-se no contexto do debate constitucional americano. Como já se notou *supra* (Introdução), a construção dos trunfos em **Dworkin** inscreve-se num contexto de rejeição do *balancing* (ou da proporcionalidade, nos ordenamentos europeus). Para **Dworkin**, os direitos seriam *definite trumps* que podem jogar-se contra argumentos relativos a fins (**Habermas**, *Facticidad*..., p. 332), e não apenas *prima facie trumps* sujeitos a ponderação em situações concretas. Note-se porém, que a conceção *dworkiniana* dos direitos como trunfos não cobre todos os direitos juridicamente protegidos, nem sequer o que se designa por direitos fundamentais (cfr. **Habermas**, *Facticidad*..., p. 273; **Novais**, *Direitos Fundamentais*..., p. 37).

⁷²⁴ V. **Webber**, *The Negotiable Constitution*..., pp. 65 ss.; **Barak**, *Proportionality: Constitutional Rights*..., pp. 509 e ss., particularmente 514: a maioria dos direitos enumerados no *Bill of Rights* estão expressos em termos absolutos e cada direito constitui a sua própria categoria, embora a doutrina e a jurisprudência tenham identificado similitudes que permitiram, por exemplo, a formulação de categorias que recobrem a maior parte dos direitos, cada uma delas sujeitas a um dos três níveis de escrutínio judicial estudados. A tendência para os direitos fundamentais nos EUA terem um conteúdo e um âmbito mais estrito do que na Europa, seria ilustrada por formas de expressão que deste lado do Atlântico integrariam aquela liberdade – discurso de ódio, obscenidade, incitamento à ação ilegal, difamação de figuras públicas -, enquanto nos EUA não integram (*ob. cit.*, p. 514). A questão é pelo menos discutível em alguns casos, se não em todos.

constituições europeias adotadas depois dela, como a portuguesa, consiste em reconhecer uma estrutura aberta aos direitos. Daí decorre a sua elasticidade, isto é, a possibilidade de se expandirem e de se comprimirem, a abertura à “descoberta” de direitos não expressamente contemplados, cobertos pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade como direito geral de liberdade⁷²⁵ e a sua capacidade de se estender a todas as áreas do Direito (*efeito radiante*).

A Constituição, a jurisprudência e a doutrina americanas atribuem aos direitos um conteúdo essencialmente negativo, como direitos à abstenção do Estado⁷²⁶ (*rights as shields*). Os direitos positivos são considerados um “erro”⁷²⁷ e por isso a sua consagração é rara, limitada ou absolutamente excepcional, como sucede com a proibição da escravatura da 13.^a Emenda⁷²⁸. Em contrapartida, nas constituições continentais europeias é amplamente reconhecida uma dimensão positiva dos direitos, que impõe uma ação positiva do Estado no sentido da sua proteção ou criação de condições de exercício. Na Constituição, na jurisprudência e na doutrina americanas, os direitos aplicam-se exclusivamente nas relações entre os particulares e o Estado, afastando-se o chamado efeito horizontal⁷²⁹. Ao invés, no

⁷²⁵ **Kumm**, «Democracy is not enough...», p. 14.

⁷²⁶ **V. Cross**, «The Error of Positive Rights», *cit.*

⁷²⁷ **Cross**, «The Error of Positive Rights», *cit.*

⁷²⁸ **Cross**, «The Error...», pp. 872-873. Sem embargo, apesar da aversão à ideia de direitos positivos, há abundante literatura pugnando pela sua receção e consagração, pelo menos desde Franklin D. Roosevelt. Por exemplo, na década de 1960: **Albert Bendich**, «Privacy, Poverty, and the Constitution», in *California Law Review*, vol. 54 (1966), pp. 407 ss., disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss2/7>; **Archibald Cox**, «The Supreme Court, 1965 Term», in *Harvard Law Review*, vol. 80, n.º 1 (Nov., 1966), pp. 91 ss.; **Arthur Selwyn Miller**, «Toward a Concept of Constitutional Duty», in *The Supreme Court Review*, vol. 1968 (1968), pp. 199 ss.; **Charles Reich**, «Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues», in *Yale Law Journal*, vol. 74 (1965), pp. 1245-1257. Depois disso, v. os numerosos trabalhos de **Frank Michelman** ao longo de décadas: por último, «The Compelling Idea of Social & Economic Rights: Reciprocating Perturbations in Liberal and Democratic Constitutional Visions» in Helena Alviar Garcia, Karl Klare, Lucy Williams (eds.), *Social & Economic Rights in Theory and Practice: A Critical Assessment*, Routledge, 2014; notórios também, **Stephen Holmes / Cass Sunstein**, *The Cost of Rights*, W. W. Norton, New York, 1999.

⁷²⁹ Eventualmente essa aplicabilidade pode efetuar-se apenas por via da doutrina da ação do Estado (*doctrine of state action*) **Pirker**, *Proportionality...*, p. 161. **Cross**, «The Error...», p. 873, admite que a “state action condition” da 14.^a Emenda tem sido interpretada por alguma doutrina de modo suficientemente amplo para alicerçar um direito à proteção contra ações privadas: cfr. **Chemerinsky**, «Rethinking State Action», in *Northwestern University Law Review*, vol. 80 (1985), pp. 503-557. Há um paralelo interessante na Alemanha: uma corrente minoritária, recusando uma função autónoma de proteção dos direitos e persistindo no modelo dos direitos fundamentais exclusivamente como direitos de defesa (**Murswiek**, **Schwabe**, **Szczekalla**), reconduz as interferências em direitos por outros particulares a interferências imputáveis ao Estado. Tendo este o monopólio do poder de regulação, sanção e uso da força, qualquer interferência em direitos fundamentais por ação de

ambiente de muitas constituições continentais europeias a aplicabilidade nas relações entre particulares (*Drittwirkung*) é amplamente reconhecida.

Tudo isto, bem como a ausência do sistema de precedente, leva a que na Europa continental as situações dilemáticas que não se resolvem através de simples operações lógico-dedutivas, obrigando ao balanceamento e à harmonização dos direitos fundamentais e de outros interesses constitucionalmente garantidos, sejam mais agudas e frequentes do que no contexto americano. Isso suscita uma aplicação intensiva e rotineira do princípio da proporcionalidade⁷³⁰. Em contrapartida, nos EUA a tendência é para a aplicação circunscrita dos testes, quase a título de exceção (estando essa tendência a esbater-se, reconheça-se) e não em “modo automático”⁷³¹.

É certo que as diferenças de contexto e de circunstância não anulam as analogias entre o princípio da proporcionalidade e os testes americanos estudados, a começar pela origem histórica: a proporcionalidade e os *standards* americanos que expressam uma ideia de relação racional entre meios e fins, de moderação, ou de necessidade, foram gerados pela dinâmica própria do controlo judicial. Por outro lado, na Europa e nos EUA, o princípio da proporcionalidade e os *scrutiny tests* mais exigentes (designadamente o *strict scrutiny* e o *intermediate scrutiny*: v. *supra*) sucederam-se a testes mais reverenciais em relação ao legislador⁷³².

Todavia, o princípio da proporcionalidade funciona simultaneamente como critério de conformação da lei e como parâmetro da *judicial review*, enquanto os testes americanos se adaptam sofrivelmente (ou não se adaptam de todo) à primeira; na Europa, a proporcionalidade foi importada de outros ramos do direito (administrativo, penal) para o direito constitucional no pressuposto de que os direitos fundamentais são relativizáveis, isto é, suscetíveis de restrições impostas

terceiros decorre de omissões do Estado - de regulação, de impedimento, de sanção. Cfr. **Matthias Mayer, Untermaß, Übermaß...**, p. 51.

⁷³⁰ Mais desenvolvimento sobre isto em **Cohen-Ely / Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in Heller. The Proportionality Approach...», pp. 28 ss.

⁷³¹ Além disso, tratando-se de fórmulas recentes e desenvolvidas judicialmente, persiste a possibilidade de serem abandonadas a qualquer momento pelo Supremo Tribunal: sublinhando este aspeto, **Fallon**, «Strict Judicial Scrutiny», p. 1285; **Lasser**, «"Lit. Theory" Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse», in *Harvard Law Review*, vol. 111 (1998), pp. 689 ss., 723, assinala que o Tribunal pode mudar a linguagem dos próprios testes, ao contrário do que se passa com a linguagem da constituição ou da lei; **Bomhoff, Balancing...**, p. 220, sublinha a "descartabilidade" dos testes, em contraste com a proporcionalidade.

⁷³² **Sweet**, «All Things in Proportion?...», p. 17.

pela prossecução de outros direitos ou de outros interesses constitucionalmente protegidos; diversamente, alguns *standards* americanos mais recentes começaram por ser uma expressão da deferência judicial para com o legislador (o caso do *rational basis*) e um instrumento de legitimação da restrição pelo legislador de direitos tradicionalmente vistos como absolutos, protegidos por normas de aplicação binária.

No plano da *metódica de aplicação* e da *estrutura* há divergências e analogias.

Uma das divergências regista-se logo no primeiro passo da *metódica da aplicação* no âmbito do controlo judicial da constitucionalidade. O dos testes americanos consiste na determinação de qual o direito eventualmente atingido, de que forma está garantido e qual a dimensão (mais ou menos periférica) em jogo. Dessa determinação depende a aplicação de um ou outro teste com as suas estruturas diferenciadas, não sendo necessário, nessa fase, ter já claramente definido qual o fim prosseguido pela norma legislativa. Em contrapartida, a proporcionalidade moderna, e os vários instrumentos de mediação em que se decompõe, impõem que o julgador averigue primeiro que tipo de colisão normativa suscitou a intervenção do legislador por forma a determinar o teste concretamente requerido no caso. Isso pressupõe a simultânea identificação e qualificação dos bens, interesses e valores que são objeto de interferência e a determinação do fim da norma legislativa. Só depois de concluído essa etapa metódica pode determinar qual o instrumento de mediação de ponderação e harmonização aplicável no escrutínio da validade da medida legislativa – proporcionalidade clássica ou outro.

Mas há analogias *estruturais* entre alguns dos testes americanos, ou seus elementos, e o princípio da proporcionalidade clássica, ou respetivos segmentos. O *rational basis test* em qualquer das suas versões, mas particularmente na reforçada (*with a bite*), cumpre uma função semelhante ao segmento da adequação do princípio da proporcionalidade, na medida em que o primeiro visa verificar se a restrição prossegue de modo racional um fim legítimo⁷³³. Para prosseguir de modo racional um fim legítimo, a restrição tem, naturalmente, de ser instrumental em relação a

⁷³³ Sullivan / Frase, *Proportionality Principles...*, p. 62. A proximidade acentua-se para aqueles autores que, enunciando os próprios segmentos da proporcionalidade, não falam de adequação mas sim de conexão racional entre meio e fim: v., por exemplo, Barak, *Proportionality: Constitutional Rights...*, pp. 131 ss. Essa formulação pode ser também encontrada pelo menos no *case law* canadiano (desde logo na pioneira *Oakes*, de 1986) e irlandês.

esse fim, tem de ter uma *relação causal racionalmente* inteligível com ele. O grau de eficiência exigido pode variar no *rational basis test*, como pode variar na adequação, pelo que não é possível responder em abstrato qual o mais exigente.

É difícil ter uma visão de conjunto sobre os *intermediate scrutiny tests*, para aferir da proximidade com a proporcionalidade⁷³⁴, dada a sua variabilidade e inexpressiva uniformidade estrutural. Mas, como vimos, a versão mais comum - na medida em que se possa falar de uma *versão mais comum* - só coincide com o teste da adequação, particularmente se entendido numa modalidade particularmente qualificada.

A aproximação ao figurino típico da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso pode acentuar-se se o segmento do *less restrictive mean* integrar o *intermediate scrutiny*, o que o Supremo Tribunal parece recusar, mas alguma doutrina advoga. A incorporação de operações de *balancing*, que alguns aceitam e outros rejeitam, acentuaria essa aproximação. Eventualmente, há já expressões limitadas de *intermediate scrutiny* que se subsumem a este estágio de máxima assimilação: o teste do *undue burden*, aplicável em casos de comércio interestatal⁷³⁵, mas também, desde 1992, na avaliação de restrições ao direito de aborto (em substituição do *strict scrutiny*), incorpora eventualmente parâmetros que na Europa poderiam ser considerados assimiláveis à proporcionalidade clássica ou a algum dos outros instrumentos que se abrigam sob o conceito de proporcionalidade moderna⁷³⁶.

O estabelecimento de lugares comuns entre o *strict scrutiny* e a proporcionalidade clássica ou proibição do excesso é um exercício sedutor mas complexo, desde logo por não haver *um* teste mas *vários* testes reconduzíveis a esse *nomen*. A versão mais consensual na jurisprudência e na doutrina - que com maior ou menor propriedade, coincidirá com o que se designou de *proibição quase categorial* - é estruturalmente

⁷³⁴ Embora haja quem, no ambiente doutrinal norte-americano, descreva genericamente a proporcionalidade como uma forma de *intermediate scrutiny*: assim, **Greene**, «The Rule of Law...», p. 1289 (excluindo porém a fórmula específica de *intermediate scrutiny* usada nos casos de discriminação em razão do género; **Sullivan / Frase, Proportionality Principles...**, cit. ("traduzindo" *United States v. O'Brien*, de 1968 e *Pike v. Bruce Church, Inc.*, de 1970, casos de *intermediate scrutiny*, de acordo com os padrões da proporcionalidade).

⁷³⁵ V., por exemplo, **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 966.

⁷³⁶ Cfr. **Sullivan / Frase, Proportionality Principles...**, p. 56. Em *Casey* (1992), o teste do *undue burden* foi instrumental em relação ao desiderato de evitar que um dos interesses em presença prevalecesse sobre o outro, visando-se uma solução que os acomodasse, espírito que, como veremos, se coaduna com a proibição do defeito ou a proporcionalidade equitativa.

semelhante à conjugação dos segmentos da adequação e da necessidade da proporcionalidade clássica. Por outras palavras, assemelha-se estruturalmente a uma proporcionalidade clássica ou proibição do excesso sem proporcionalidade e.s.e. (ou sem *balancing*⁷³⁷), de alguma forma coincidindo com a conceção de SCHLINCK sobre o que é (ou deveria ser...) a proporcionalidade e.s.a..

Não se pode, todavia, afirmar que o *strict scrutiny* nesta versão seja menos protetor dos direitos, uma vez que ergue à cabeça uma barreira às interferências em direitos que a proibição do excesso não ergue: as interferências sujeitas a *strict scrutiny* têm forçosamente de visar a prossecução de um interesse superlativo ou imperativo (*compelling*), enquanto a proporcionalidade clássica em regra apenas exige, como pressuposto, que a interferência vise um fim constitucionalmente permitido ("legítimo"), qualquer que seja o seu grau de imperatividade ou importância⁷³⁸. É certo que se o direito sacrificado apresentar um peso superior do que o interesse prosseguido pela norma legislativa, a aplicação da proporcionalidade clássica determina a invalidade. Mas no contexto do *strict scrutiny* a ameaça que recai sobre aquela norma afigura-se maior: mesmo que o interesse por ela promovido tenha um peso superior ao direito, se tal interesse não puder ser reconduzido à excecionalidade de um interesse *compelling* a norma é derrotada.

Por seu turno, há outra versão do *strict scrutiny* - *weighted balancing* - que, pelo menos na configuração doutrinal estudada, conflui mais claramente com a proporcionalidade clássica na medida em que comporte efetivamente momentos de contrapeso de bens, interesses ou valores. Tal como a proporcionalidade clássica, neste caso o *strict scrutiny* funciona como instrumento de mediação de operações de harmonização com ponderação⁷³⁹. Isso é defensável na versão *weighted*

⁷³⁷ Šušnjar, *Proportionality...*, p. 160.

⁷³⁸ Embora haja diferenças de ordenamento para ordenamento: pode considerar-se que o Canadá figura num dos extremos da escala de exigência e a Alemanha no outro, com Portugal próximo. Cfr. Barak, *Proportionality...*, p. 529.

⁷³⁹ Sobre a qualificação do *strict scrutiny*, nessa perspetiva, merece saliência a construção de Gottlieb, «Compelling Governmental Interests...», pp. 966 ss. Depois de concluir que no ambiente constitucional americano os direitos e os interesses públicos partilham as mesmas dificuldades quanto à identificação da sua base normativa e quanto à determinação do respetivo alcance e âmbito e de demonstrar que nem os princípios democrático ou da separação de poderes nem outros argumentos constitucionais determinam uma prevalência ou um maior peso dos interesses públicos sobre os direitos – sendo, aliás, certo que a linguagem e a ancoragem valorativa dos primeiros é semelhante à dos segundos –, sustenta que o *strict scrutiny* “é um método criado por académicos e juristas para *harmonizar* direitos e interesses conflitantes” (p. 968, ênfase acrescentada). O legislador/executivo deve procurar proteger simultânea e *harmonizadamente* os interesses e os

*balancing*⁷⁴⁰. No que toca aos segmentos da adequação e da necessidade nem sequer este esforço reconstrutivo é necessário: como vimos, a decomposição dos segmentos do *narrowly tailored mean* tal como entendidos no contexto do *strict scrutiny* revelam semelhanças em relação à adequação e à necessidade⁷⁴¹, embora com algumas diferenças que ficaram patentes ao longo da exposição⁷⁴².

Nessa medida, compreende-se a tentação de qualificar o *strict scrutiny* (ou pelo menos algumas das suas versões e dimensões) como um sucedâneo americano da proporcionalidade em sentido amplo⁷⁴³ e para ver esta a emergir no panorama jurídico-constitucional dos Estados Unidos, sem cumprir estágio prévio no direito administrativo de polícia, diferentemente do que sucedeu em alguns Estados da Europa, como Alemanha e Portugal.

Não seria inviável assentir às propostas de quem, alinhando as vantagens estratégicas da proporcionalidade clássica em relação ao *balancing* e aos testes gerados pela jurisprudência constitucional norte-americana, sugere a sua incorporação no direito constitucional dos EUA⁷⁴⁴. A jurisprudência e a doutrina

direitos. O *balancing* só é necessário quando não seja possível a harmonização. Se a harmonização for possível através da escolha de meios menos restritivos do que os originalmente propostos, aqueles devem ser preferidos. Portanto, um tribunal não necessita de comparar o peso de um *compelling interest* com o peso de um direito se eles puderem ser ambos acomodados através de meios menos restritivos.

⁷⁴⁰ Cfr. **Sullivan / Frase, *Proportionality Principles*...**, p. 55.

⁷⁴¹ Assim, **Cohen-Elya / Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...», p. 18; **Sullivan / Frase, *Proportionality Principles*...**, p. 54.

⁷⁴² Não parece existir sequer a diferenciação exposta por **Kumm**, «Democracy is not enough...», p. 12. O segmento da necessidade seria mais abrangente que o teste do *narrow tailored*, uma vez que todos os meios que não sejam *narrow tailored* violam também o segmento da necessidade; todavia, a necessidade vai além do teste do *narrow tailored*, uma vez que implica a ponderação de meios alternativos, enquanto este último se preocupa apenas com a capacidade do meio para enfrentar o problema que o legislador quer resolver.

⁷⁴³ Neste sentido, **Beatty, *The Ultimate Rule*...**, pp. 162, 182, salientando o emprego limitado da *strict scrutiny* a casos das 1.^a, 5.^a e 14.^a emendas; **Ristroph**, «Proportionality...», p. 293, defendendo que quando se exige que uma ação do Estado seja *narrowly tailored* para servir um *compelling state interest* está-se a impor o princípio de que o poder do Estado tem de ser proporcional ao interesse que alegadamente justifica esse poder; **Richard S. Frase**, «Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: "Proportionality" Relative to What?», in *Minnesota Law Review*, vol. 89 (2005), pp. 571 ss., o *narrow tailoring* é uma forma de proporcionalidade; **Jackson**, «Being Proportional...», p. 807, incidentalmente e sem explicação suplementar, alude aos diferentes *means-end tests* como equivalentes a vários graus de proporcionalidade; **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 39-40. Em contraste, v. o já referenciado distanciamento de **Barak, *Proportionality: Constitutional Rights*...**, p. 513; também **Šušnjar, *Proportionality*...**, pp. 159 ss.

⁷⁴⁴ Por exemplo, **Cohen-Elya / Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...»; **Sullivan / Frase, *Proportionality Principles*...**, p. 6 (sugerindo, contudo, a manutenção de outros *standards* mais restritivos, como o *strict scrutiny* e algumas proibições absolutas de restrições quando estiver em causa o princípio da dignidade da pessoa

constitucionais americanas – e até o legislador⁷⁴⁵ – poderiam evoluir ou para a utilização da proporcionalidade clássica como guia padrão de operações de harmonização em caso de restrições de direitos constitucionais com o fim de satisfação de interesses públicos, ou para a sua combinação com alguns dos testes hoje usados⁷⁴⁶. Na mesma linha, há quem alerte que a existência de uma constituição sem algum *standard* de proporcionalidade é logicamente impossível⁷⁴⁷.

humana); **Greene**, «The Rule of Law as a Law of Standards», in *The Georgetown Law Journal*, vol. 99 (2011), pp. 1289 ss.; **Yowell**, «Proportionality in United States Constitutional Law», cit; **Schlink** (hoje um dos mais escutados divulgadores do princípio da proporcionalidade no meio académico dos EUA), na sua Bernstein Lecture de 2011, na Universidade de Duke, sobre «Proportionality in Constitutional Law», acedida em Dezembro de 2014 através de <https://www.youtube.com/watch?v=MzOvVEtR0Tk> O mais entusiástico talvez seja **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 4, 12 ss.: mesmo admitindo que a *proportionality analyses* não tem necessariamente de governar todos os casos de direitos, o autor apresenta argumentos a favor da evolução ou substituição dos *standards* gerados pelo *case law* pela PA, defendendo que ao invés de “deitar os direitos fora” (*balancing rights away*), aquela pode protegê-los mais consistentemente e coerentemente do que o controlo baseado em vários níveis de intensidade (*tiered review*: cfr. *supra*) construídos pela jurisprudência constitucional americana. A abordagem americana reduz a flexibilidade dos juízes face à complexidade; retrata falsamente a adjudicação como um exercício mecânico de aplicação da lei, como se pudesse falar-se de um código constitucional; e cria inconsistência e arbitrariedade desnecessárias. Ao invés, a adoção da proporcionalidade (PA) fornece uma resposta processual efetiva para um problema substantivo inevitável, o da imprecisão, abertura e incompletude dos direitos, enquanto o exercício do *balancing*, embora possa responder ao problema da incompletude, suscita a percepção da impossibilidade de antecipação do resultado; a PA é ideologicamente neutral, adaptável às circunstâncias do caso; a PA está especificamente desenhada para reduzir o mal da parte perdedora, na medida do possível; tendo em conta a sua difusão como “boa prática” de proteção de direitos, aderir à PA é uma forma de se mostrar empenho na proteção de direitos. V., em contraste, o ceticismo sobre a possibilidade de convergência dos modelos americano e europeu (o alemão) de **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 240 ss.

⁷⁴⁵ Frisando este ponto, **Sullivan / Frase**, *Proportionality Principles...*, p. 9.

⁷⁴⁶ **Sullivan / Frase**, *Proportionality Principles...*, p. ix, propõem a continuação da aplicação do *strict scrutiny* no âmbito de direitos que requerem uma proteção mais absoluta (*rulelike*) e aplicação da proporcionalidade nas áreas governadas pelo *rational basis*, *intermediate scrutiny* e por outros *standards* não enquadrados na sistemática dos três níveis de escrutínio.

⁷⁴⁷ **Beatty**, *The Ultimate Rule...*, p. 163. Refira-se que a tese deste autor canadiano se centra na defesa de que o objetivo último da justiça constitucional é resolver as controvérsias constitucionais através da análise da proporcionalidade, que seria a *ultimate rule of law*, devendo o tribunal ponderar e partir da perspetiva dos titulares dos direitos afetados. Um dos aspetos controversos é a defesa de que quando os direitos são colocados em jogo numa aplicação do princípio da proporcionalidade “they have no special force as trumps. They are really just rethorical flourish”. Não haveria direitos “trunfáveis”, mas apenas interesses competidores com outros (p. 171). Refutando boa parte da linha doutrinária do autor, cfr. **Jackson**, «Being Proportional...», cit. A tese do autor afigura-se, realmente, excessiva. Mas ela pode contribuir para uma certa compreensão do princípio nos EUA como conatural a uma aproximação comunitária vigente na Europa - e adversa à tendência individualista que prepondera na sociedade americana -, nos termos da qual a proteção dos direitos tem de ser consistente com a ordem social. A abordagem à restrição de direitos mediada pela proporcionalidade descentraria o foco do escrutínio judicial do direito para a justificação da restrição do direito pelo Estado. Além de enfraquecer os direitos - beneficiários apenas de uma *weak priority* -, isso contrariaria a perspetiva da jurisprudência americana de atribuir maior peso aos direitos: v., por exemplo, **Rao**, «On the Use and Abuse of Dignity...», pp. 232-238.

Estas posições suscitam, porém, algumas reticências, quando não mesmo ceticismo. É inviável demonstrar que a ordem jurídico-constitucional norte-americana, com os seus *standards*, é mais injusta, menos *principled*, mais insegura ou menos avançada do que as ordens jurídicas que adotam consistentemente a proporcionalidade há décadas⁷⁴⁸, ou que os quadros da proporcionalidade são significativamente mais estáveis ou mais pacíficos⁷⁴⁹.

Certamente que os *standards* americanos poderão beneficiar com uma receção de alguns dos padrões da proporcionalidade⁷⁵⁰ – hoje já não só europeus -, tal como o direito constitucional europeu tem beneficiado de um melhor conhecimento do *case law* americano. A migração de conceitos ou ideias constitucionais, no contexto do surgimento de um *constitucionalismo global*, assumiu uma dinâmica que pode tornar isso inevitável⁷⁵¹.

Por um lado, a estruturação dos *standards* americanos ainda não é suficientemente sólida ou sistemática para ser considerada estável e segura. Mas, por outro lado, a teoria geral da proporcionalidade pode beneficiar da elaboração teórica que fórmulas consolidadas e enraizadas, como o *balancing*, têm suscitado, bem como da experiência dos três níveis de escrutínio (*rational basis, strict, intermediate*), que

⁷⁴⁸ Pelo contrário, há quem defenda que o modelo americano é mais maduro. V., por todos, **Frederick Schauer** «Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture», consultado em Fevereiro de 2013 em <http://ssrn.com/abstract=668523> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.668523> Interessante é a avaliação comparada de **Barak, Proportionality...**, p. 515: os níveis mínimo e intermédio de escrutínio do direito americano deixam mais desprotegidos os direitos a cujas limitações se aplicam do que o princípio da proporcionalidade. Significativamente mais matizada é a abordagem à comparação entre *strict scrutiny* e proporcionalidade. Do ponto de vista prático, se se fizesse fé no clássico aforismo de **Gunther** sobre aquele teste, “*strict’ in theory and fatal in fact*”, ele seria porventura mais protetor dos direitos do que a proporcionalidade. Mas do ponto de vista teórico, o autor conclui que a resposta é menos clara, havendo situações em que a proporcionalidade é mais protetora, outras em que é menos.

⁷⁴⁹ Para um recente balanço, v., por todos, **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», pp. 518 ss.

⁷⁵⁰ V. **Jackson, Constitutional Engagement in a Transnational Era**, Oxford University Press, 2010; **Barak, Proportionality...**, p. 527. Como foi referido logo a abrir, é já possível encontrar referências à proporcionalidade no contexto da jurisprudência do *Supreme Court*, como é o caso do voto de vencido do juiz Breyer em *District of Columbia v. Heller* (2008). Conhecendo-se a forma como determinados conceitos entraram e fizeram o seu caminho na *judicial review* ao longo da história, não é exagerada a opinião de **Cohen-Ely / Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...», p. 2, de que este voto esteve perto de introduzir a proporcionalidade em sentido amplo na jurisprudência constitucional americana. Realçando também este debate, **Sweet**, «All Things in Proportion?...», pp. 3 e 77 ss.

⁷⁵¹ Não faltam referências (porventura acidentais) ao *strict scrutiny* enquanto fórmula de escrutínio reforçado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: v. *Manoussakis and Others v. Greece* (1996), *apud* **Gunn**, «Deconstructing Proportionality...», p. 479.

parecem ser um interessante ensaio de resposta à circunstância de os direitos fundamentais terem, mesmo na perspectiva constitucional, pesos abstratos diferentes, devendo as suas restrições ser examinadas através de diferentes prismas analíticos.⁷⁵²

Todavia, não se podem ignorar diferenças essenciais entre os fundamentos dos pensamentos jusfundamentais europeu e americano. Talvez a mais decisiva seja a que se traduz na resposta à tensão permanente entre formalismo e substancialismo. A resposta americana parece ser o *compromisso transitório* entre aquelas duas inclinações, condicionado pela incessante propensão de cada uma se sobrepor à outra, ao serviço muitas vezes de mundivisões e de visões ideológicas antagónicas. Daí decorre, entre outros corolários, a profusão e instabilidade de instrumentos de *judicial review*. Em contrapartida, a resposta alemã e talvez europeia contemporânea é a tentativa de *síntese*, sublimada através da proporcionalidade moderna⁷⁵³.

Há desafios e riscos partilhados pelos ordenamentos de ambos os lados do Atlântico. Mormente, a tentação para a cristalização do *balancing* e da proporcionalidade e.s.e. em fórmulas matemáticas ou recebidas das ciências económicas, com a finalidade de atingir a absoluta precisão ou objetividade matemáticas e fugir às críticas da subjetividade, pode desvitalizar o direito constitucional e a constituição e dissimular a necessidade de argumentação constitucional em casos difíceis: o direito não é uma ciência exata, não é suscetível de matematização.

⁷⁵² Algumas das propostas de **Barak, *Proportionality...***, pp. 529 ss., de aperfeiçoamento do quadro analítico, estrutural e metódico da proporcionalidade entroncam justamente nesse espírito.

⁷⁵³ Acompanhamos, *grosso modo*, **Bomhoff, *Balancing...***, *cit.*

Quatro

O DESPERTAR DA DOUTRINA PORTUGUESA PARA O PRINCÍPIO (ATÉ AO VIRAR DO SÉCULO XX)

1. Até ao final da década de 1970⁷⁵⁴

O estudo sobre a exigência de *necessidade* de lei, constante, por exemplo, do artigo 10.º da Constituição Portuguesa de 1822 (“nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade”), não foi, que se saiba, realizado. Mas seria decerto relevante fazer esse estudo. Embora a ideia de necessidade ali subjacente não seja forçosamente a mesma que é inerente ao atual princípio da proibição do excesso, já pode estar ali implícita a conceção de que podendo a lei ser intrusiva em relação aos direitos dos cidadãos (e só a lei poderia limitar a liberdade dos cidadãos, mandando-os fazer algo, ou proibindo-os de fazer algo: cfr. art.º 2.º, da Constituição de 1822), só deveria ser produzida quando não houvesse outra alternativa mais suave, não contendente com aqueles direitos. Esse desiderato é certamente um digno antepassado do moderno princípio da proibição do excesso.

Mas, antes da década de setenta do século passado, o uso e o estudo das ideias de necessidade e adequação, alijadas da carga objetivo-funcionalista habitual na época, é raro, pouco consistente e porventura inconsciente da sua peculiaridade.

⁷⁵⁴ Neste capítulo ocupamo-nos da doutrina portuguesa até ao virar do século XX. Com a doutrina mais recente (entre a qual se encontram as obras de **Novais**, *As Restrições...* e *Os Princípios...*, assim como de **Nogueira**, *Direito fiscal europeu...*), ou com versões mais atualizadas do pensamento de autores referidos neste capítulo, dialogaremos ao longo do texto. Por outro lado, salvo no caso dos autores mais antigos, como Marcello Caetano ou Afonso Rodrigues Queiró, focamos sobretudo obras de Direito Constitucional. Não se devem esquecer, porém, os contributos relevantes provindos de outras áreas científicas, como os de **Sérvulo Correia**, *Legalidade e autonomia contratual...* (1987), **Fernando Alves Correia**, *O Plano Urbanístico...* (1989) ou **Fernanda Palma**, *A Justificação...* (1990).

1.1. Marcello Caetano

Por exemplo, MARCELLO CAETANO⁷⁵⁵ referia, como um dos limites aos poderes de polícia, o princípio de que “*não devem ser exercidos de modo a impor restrições e a usar coacção além do estritamente necessário*” (itálico no original)⁷⁵⁶. E acrescentava: “tem de existir proporcionalidade entre os males a evitar e os meios a empregar para a sua prevenção”⁷⁵⁷. Não havia ainda consciência da dimensão e alcance daquele princípio, nem um *nomen* distintivo. Mas é claro que o núcleo da ideia de *necessidade* e até de *proporcionalidade em sentido estrito* (proporção entre o sacrifício instrumental de bens e os males a evitar) é já intuído pelo autor e está no espírito do que escreve, embora o seu préstimo se restringisse, na circunstância, ao direito de polícia.

1.2. Afonso Queiró e Barbosa de Melo

Entretanto, AFONSO QUEIRÓ e A. BARBOSA DE MELO⁷⁵⁸ faziam a primeira referência que se conhece na doutrina portuguesa à obra de LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht*, obra que, como analisámos, está no ponto de transição entre a “idade antiga” e a “idade moderna” do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade⁷⁵⁹. No entanto, apesar de (por manifesta influência da doutrina alemã) enumerarem e defenderem, ainda na vigência da Constituição de 1933, muitas das regras limitativas das restrições de direitos, liberdades e garantias que, alguns anos depois, o artigo 18.º recolheria (intangibilidade do núcleo essencial dos

⁷⁵⁵ *Manual de Direito Administrativo*, pp. 1158-1159. Esta passagem foi conservada, sem alterações, nos *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 351.

⁷⁵⁶ É notória a similitude desta fórmula com a do artigo 272.º, nº 2, da CRP, fórmula que vem da redação original de 1976 e sempre foi entendida como expressão do princípio da proporcionalidade: cfr. *Canotilho, Direito Constitucional. Tópicos de estudo*, p. 306; *Canotilho / Moreira, Constituição...*, 1.ª ed. (1978), p. 471, aludindo a princípio da proibição do excesso.

⁷⁵⁷ *Manual...*, p. 1159.

⁷⁵⁸ *A liberdade de empresa e a Constituição*, p. 224 e outros locais

⁷⁵⁹ Cfr *supra*, capítulo 1.

direitos –ou das liberdades fundamentais, de acordo com a terminologia preferida pelos autores-, carácter geral e abstrato da lei restritiva de direitos, restrição de direitos apenas se prevista na Constituição e se necessária para a salvaguarda de interesses superiores, também garantidos pela Constituição), aqueles autores guardavam silêncio sobre o tema da proporcionalidade ou da proibição do excesso que, no entanto, na época já tinha curso firme na Alemanha. Havia apenas profusa referência ao *princípio da subsidiariedade*, que não deve ser confundido com o princípio da proibição do excesso ou com alguma sua manifestação parcial, nomeadamente o segmento da necessidade.

1.3. Vital Moreira

Em 1973, VITAL MOREIRA observa⁷⁶⁰ que as restrições de direitos fundamentais (económicos) justificadas pelo “interesse público” ou pelo “bem comum” estão limitadas “pela necessidade da sua adequação e proporção ao fim que a motivou (*princípio da proporcionalidade*)”.

1.4. Gomes Canotilho

Mais estruturado e desenvolvido é o tratamento dado ao tema, em 1974, por J. J. GOMES CANOTILHO⁷⁶¹. O autor faz referência aos conceitos de “princípio material da proibição do excesso”, “princípio da necessidade”, “princípio da exigibilidade”, “princípio da adequação” e “princípio da proporcionalidade”. Sem embargo, as relações e articulações entre esses conceitos não se apresentavam de forma clara. Observe-se que o autor oscilava entre: (i) emparceirar os princípios da proporcionalidade e da necessidade (ou da exigibilidade)⁷⁶², sem definir se o conceito de princípio da proporcionalidade era empregue em sentido amplo ou em

⁷⁶⁰ *A ordem jurídica do capitalismo*, cit. (1ª ed., 1973, 2ª ed., 1976), pp. 150, 225.

⁷⁶¹ *O problema da responsabilidade do Estado...*, pp. 267, 328, 329, 333, 334.

⁷⁶² Na linha de Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht...*, o qual, aliás, era citado a propósito. V. *O problema...*, pp. 267, 328, 334.

sentido estrito e, neste segundo caso, se aqueles dois princípios se agrupavam sob um conceito mais abrangente, ou se funcionavam com autonomia; (ii) aludir ao princípio material de proibição do excesso, isoladamente, isto é, relacionando-o apenas remotamente com os princípios antes mencionados (exigibilidade, necessidade, adequação, proporcionalidade)⁷⁶³; (iii) enunciar os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação, sem referir expressamente se se abrigavam sob um macro conceito aglutinador⁷⁶⁴.

Como quer que seja, deve-se a este autor a primeira tentativa consistente da doutrina portuguesa de definir as máximas da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*⁷⁶⁵. Tentativa meritória que, não fora ter passado aparentemente quase despercebida, poderia ter lançado, logo no início da década de setenta, a base doutrinal para uma decidida introdução no espaço jurídico português do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade na sua configuração clássica.

Já com a CRP em vigor, o mesmo autor, prosseguindo na gradual clarificação dos conceitos e do âmbito de aplicação do princípio, assimila, num trabalho datado de 1976/77⁷⁶⁶, o princípio da proporcionalidade⁷⁶⁷ ao princípio da proibição do excesso. Mais, integra-o na lista dos *princípios jurídicos fundamentais de direito constitucional* e aponta-lhe afloramentos nos artigos 19.º, 28.º, nº2 e 272.º da Constituição (versão original).

1.5. Afonso Queiró

Também depois da entrada em vigor da Constituição de 1976, encontramos uma referência ao *nomen* “princípio da proporcionalidade” num texto de AFONSO QUEIRÓ⁷⁶⁸. O autor ensinava que se tratava de um novo princípio geral de direito

⁷⁶³ *O problema...*, p. 329.

⁷⁶⁴ *O problema...*, p. 333.

⁷⁶⁵ *Idem*, embora, repete-se, sem as enquadrar expressamente num conceito aglutinador e sem agregar ao conceito de proporcionalidade a expressão *em sentido estrito*.

⁷⁶⁶ *Direito Constitucional. Tópicos de estudo*, p. 306.

⁷⁶⁷ Em sentido amplo, certamente, embora não o especifique. V. *ob. cit.*

⁷⁶⁸ *Lições de Direito Administrativo...*, p. 586.

administrativo que consubstanciaria um deslizamento da legalidade para a oportunidade. O mestre de Coimbra parece dar especial relevo à ideia de *necessidade*, embora mencione também a operação de comparação entre custos e benefícios corrente no ambiente francês.

1.6. Vieira de Andrade

Em lições datadas de 1977, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE refere-se à proporcionalidade como “critério” de execução do princípio da concordância prática⁷⁶⁹. Este, por seu turno, seria “um *método* e um *processo de legitimação* das soluções”⁷⁷⁰ para conflitos ou colisões de direitos e valores constitucionais, método esse que não prescreveria a “realização óptima (o máximo) de cada um dos valores em jogo”, nem pretenderia “um *resultado matemático*”⁷⁷¹. A medida de compressão de “cada um dos direitos (ou valores) pode ser diferente, dependendo do modo como se apresentam”⁷⁷². Daqui se pode inferir que este autor não entendia ser possível (ou correto) diferenciar a concordância prática da proporcionalidade, conferindo a esta um papel auxiliar na aplicação daquela. O autor indicava as ideias de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como especificações da proporcionalidade (em sentido amplo)⁷⁷³.

⁷⁶⁹ *Direito Constitucional...*, polic., p. 203. Esta indicação de que a proporcionalidade é um critério de execução do princípio da concordância prática transitou para trabalhos posteriores do autor (v. *Os Direitos Fundamentais...*, 2.^a edição, 2001, p. 315) e é influenciada pela doutrina original de Hesse (por exemplo, *Grundzüge...*, p. 28).

⁷⁷⁰ *Idem*. Também esta indicação foi retomada pelo autor em *Os Direitos Fundamentais...*, 2.^a ed., 2001, p. 314.

⁷⁷¹ *Idem*. V., também, *Os Direitos Fundamentais...*, 2.^a edição, 2001, p. 314.

⁷⁷² *Idem*.

⁷⁷³ *Idem*, pp. 203-204.

1.7. Marcelo Rebelo de Sousa

Também em lições universitárias, datadas de 1977/78, MARCELO REBELO DE SOUSA faz-lhe menção⁷⁷⁴, embora por remissão para um texto de outro autor⁷⁷⁵. Menção retomada em 1979, noutro local⁷⁷⁶ donde, além do mais, parece poder depreender-se que o princípio da proporcionalidade é um “*princípio essencialmente jurídico da Constituição*”⁷⁷⁷.

1.8. Gomes Canotilho e Vital Moreira

Em 1978, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁷⁷⁸, fazem o que se pode qualificar de primeira alusão ao princípio na sua versão (relativamente) acabada, referindo-se ao *princípio da proibição do excesso* e às suas “particularizações”, o princípio da *necessidade* ou da *exigibilidade*, o princípio da *adequação* e o princípio da *proporcionalidade* (sem referência a sentido estrito).

1.9. José de Sousa Brito

Ainda em 1978, JOSÉ DE SOUSA BRITO estuda com algum pormenor o *princípio da necessidade ou da máxima restrição da pena e das medidas de segurança*⁷⁷⁹, que vê refletidos no artigo 18º, nºs 2 e 3⁷⁸⁰, justamente os preceitos onde outros encontrariam um afloramento do princípio da proporcionalidade⁷⁸¹. E, na verdade, aquele princípio da necessidade ou da máxima restrição relaciona-se com a concreta

⁷⁷⁴ *Direito Constitucional*, policopiado, Lisboa, pp. 1977-1978.

⁷⁷⁵ O autor cita Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1.ª ed.

⁷⁷⁶ *Direito Constitucional I - Introdução à teoria da Constituição*, Lisboa, 1979, p. 93.

⁷⁷⁷ *Direito Constitucional*..., p. 93.

⁷⁷⁸ *Constituição da República Portuguesa anotada*, 1.ª ed. (1978), pp. 82 e 84.

⁷⁷⁹ *A lei penal na Constituição*, especialmente pp. 200 ss.

⁷⁸⁰ *A lei penal*..., p. 200.

⁷⁸¹ É o caso de Gomes Canotilho, *Constituição dirigente*..., p. 285.

refração da proporcionalidade no direito penal⁷⁸² (com as especificações que apresentaremos posteriormente). O autor preocupa-se sobretudo com as refrações da proporcionalidade nesse ramo jurídico, onde têm ampla tradição, que antecede inclusivamente as aplicações no direito constitucional.

São dignas de registo duas notas. Em primeiro lugar, a proporcionalidade identifica-se sobretudo com as ideias de adequação e necessidade: o autor não dá conta da terceira máxima, a proporcionalidade e.s.e., nem discute a sua aplicabilidade no âmbito do direito penal. Em segundo lugar, o princípio da necessidade ou da máxima restrição das penas e medidas de segurança ancora-se na noção de Estado de direito em sentido material⁷⁸³.

1.10. Jorge Miranda

Em 1978/79, JORGE MIRANDA refere-se ao princípio da proporcionalidade no âmbito de uma classificação de princípios, qualificando-o de *princípio geral de direito*⁷⁸⁴. Ainda em 1979, noutro local⁷⁸⁵, são esclarecidas algumas das aplicações do princípio, particularmente no domínio das restrições de direitos, liberdades e garantias e da suspensão de direitos resultante da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência. Saliente-se que em obras anteriores (mas já posteriores à Constituição de 1976) não se conhecem referências ao princípio, porventura por a sistemática adotada ainda não contemplar um estudo desenvolvido da estrutura jurídica da Constituição ou das normas constitucionais⁷⁸⁶. Refira-se também que em 1981⁷⁸⁷, o princípio da proporcionalidade passou a integrar o grupo dos

⁷⁸² De acordo com o autor, o princípio da necessidade ou da máxima restrição significaria que “as sanções penais só se justificam quando forem necessárias, isto é, indispensáveis tanto na sua existência como na sua medida, à conservação e à paz da sociedade civil”: *A lei penal...*, p. 218.

⁷⁸³ *A lei penal...*, p. 228.

⁷⁸⁴ *Direito Constitucional - Introdução geral*, policopiado, Lisboa, 1978/1979, pp. 147-148.

⁷⁸⁵ *O regime dos direitos liberdades e garantias*, pp. 69, 82 e 90. Neste local, fala-se de proporcionalidade, racionalidade ou proibição do excesso.

⁷⁸⁶ V. *Direito Constitucional*, policop., Lisboa, 1977.

⁷⁸⁷ *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, tomo II (1981), p. 518.

princípios constitucionais instrumentais. Mas não parece que isso tenha resultado de (ou implicado) uma mudança de orientação sobre a natureza do princípio.

2. A consolidação do princípio na doutrina portuguesa (a partir da década de 1980, até ao virar do século)

Entre a década de 1980 e o virar do século continua a não haver nenhuma obra de fundo especificamente direcionada para o estudo do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade⁷⁸⁸, mas ele passa a ser familiar na doutrina nacional, que lhe atribui vasta utilidade numa pluralidade de domínios.

Porventura, quem vai mais longe nos préstimos imputados ao princípio é JORGE MIRANDA. Ancorando o princípio da proporcionalidade (expressão que de ordinário prefere, embora por vezes fale de proibição do excesso) diretamente na ideia de Estado de Direito, o autor assinala-lhe uma tendência expansionista, no âmbito do direito sancionatório (penal, de mera ordenação social, disciplinar), do direito administrativo e no quadro do Direito Constitucional⁷⁸⁹.

A conceção generosa sobre as aplicações do princípio tem direto reflexo, desde logo, no plano dos direitos fundamentais. Nesse domínio, o autor, rejeitando a confusão entre proporcionalidade e conteúdo essencial dos preceitos constitucionais ou dos direitos⁷⁹⁰, sustenta uma vigência muito compreensiva: na restrição⁷⁹¹, condicionamento⁷⁹² e suspensão⁷⁹³ de direitos, liberdades e garantias; na restrição ou extinção de direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias criados por lei ou por tratado⁷⁹⁴; na concretização dos direitos, económicos, sociais e culturais⁷⁹⁵. Além disso, poderá não ser significativa a

⁷⁸⁸ Talvez os mais próximos disso sejam os nossos «Princípio da proporcionalidade» (1994) e «O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações» (1997).

⁷⁸⁹ *Manual...*, IV, 3.^a ed., 2000, p. 206.

⁷⁹⁰ *Idem*, pp. 340-341, onde mostra preferência pelas chamadas teses *absolutas* no que toca ao conteúdo essencial dos preceitos constitucionais ou dos direitos por eles consagrados.

⁷⁹¹ *Idem*, pp. 208, 337, etc.

⁷⁹² *Idem*, p. 338. Sobre a distinção entre restrição e condicionamento, p. 329.

⁷⁹³ *Idem*, pp. 208, 351.

⁷⁹⁴ *Idem*, pp. 169-170.

⁷⁹⁵ *Idem*, p. 393.

ausência de referência expressa ao princípio no elenco de limites à fixação legislativa de *deveres*⁷⁹⁶, uma vez que o espírito do que escreve vai no sentido de também nesse domínio ele ser observado, a par, por exemplo, dos princípios da universalidade e da igualdade por ele expressamente referidos.

Mas JORGE MIRANDA imputa-lhe utilidade muito além da simples regulação das relações entre os poderes públicos e os cidadãos. O princípio da proporcionalidade não é apenas um instrumento de limitação de eventuais agressões ou compressões de direitos, mas também *critério* ou *diretiva* para relações jurídicas no âmbito do aparelho do Estado. O princípio teria aplicação, inclusive, na delimitação de competências em determinadas vicissitudes⁷⁹⁷. Desta posição decorre que veja manifestações dele, por exemplo, nos artigos 165.º, n.ºs 2 e 3 e 186.º, n.º 5, da CRP. No próprio quadro das relações entre os poderes públicos e os cidadãos cabem aplicações aparentemente “às avessas”, como aquela em que os últimos têm de observar critérios de proporcionalidade no exercício do seu direito de resistência perante investidas ilícitas dos poderes públicos⁷⁹⁸. Podendo os atos de resistência dos cidadãos ser avaliados *a posteriori* à luz dos segmentos da proporcionalidade⁷⁹⁹, com a eventual consequência de serem considerados injustificados se forem julgados desproporcionados, o princípio da proporcionalidade é aqui empregue para “proteger” a autoridade pública e os bens, interesses e valores a seu cargo contra atos dos cidadãos. Nestas circunstâncias, a autoridade pública é a “protegida” e o cidadão o “vigiado”.

A adesão a uma *Kompetenztheorie* que, como se assinalará oportunamente⁸⁰⁰, implica o reconhecimento de um grau máximo de amplitude para o princípio, está umbilicalmente ligada à conceção sobre os seus componentes. JORGE MIRANDA aponta três subprincípios: necessidade, adequação e racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*. A *necessidade* traduz-se na existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha (uma qualquer) intervenção ou

⁷⁹⁶ *Idem*, sobretudo p. 179.

⁷⁹⁷ *Idem*, p. 207.

⁷⁹⁸ *Idem*, p. 364.

⁷⁹⁹ Embora em moldes diferentes dos que regem a atuação das autoridades públicas: *idem*, p. 364, nota.

⁸⁰⁰ Capítulo 12.

decisão para concretizar tal proteção. A *adequação* implica correspondência de meios a fins, a capacidade de uma providência atingir o objetivo almejado. A *racionalidade* ou *proporcionalidade stricto sensu* significa justa medida, isto é avaliação qualitativa e quantitativa da providência de modo a garantir que não fica aquém ou além do que importa para obter o resultado devido. A definição dos três segmentos do princípio denotava uma ambiguidade, persistente durante muito tempo na doutrina portuguesa e que ainda hoje tem reflexos na jurisprudência constitucional: a ambiguidade sobre o *lugar* e a *forma* da ponderação. Esta estava ausente da estrutura do princípio da proporcionalidade tal como apresentada. O que o Mestre de Lisboa definia como subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu* ou da racionalidade, conjugado com o “seu” subprincípio da necessidade, coincidia afinal com o que vulgarmente se diz ser o subprincípio ou segmento da necessidade. Por outro lado, a noção de racionalidade ou de proporcionalidade *stricto sensu* de JORGE MIRANDA parecia dar, em parte, guarida também a uma dimensão do princípio da *proibição do defeito*. É isso que resultava da exigência de que “a providência não fique *aquém* ou além do que importa para se obter o resultado devido – nem mais *nem menos*”⁸⁰¹. Nessa linha, o autor do ato estaria impedido de praticar atos *excessivos* ou inutilmente lesivos, mas também lhe seria vedado praticar atos insuficientemente capazes de atingir o resultado visado.

Outra indicação essencial para a percepção do pensamento de JORGE MIRANDA, é a respeitante à relação entre proporcionalidade ou proibição do excesso e princípio da proibição do arbítrio, na medida em que parecia considerar as duas noções equivalentes⁸⁰². Esta posição é consistente com a sua conceção geral. Na verdade, diminuindo-se o grau de exigência subjacente à diretiva de proporcionalidade, ela facilmente se confunde com o princípio da proibição do arbítrio que, como se verá, é um parâmetro menos exigente.

A posição JORGE MIRANDA tinha a patente e conscientemente procurada vantagem de alargar os horizontes de aplicação da proibição do excesso, conseguindo com isso aproximar um pouco mais o objetivo último do Estado de Direito da diminuição do irracional e do arbitrário. Por outro lado, ao retirar ou minimizar drasticamente os

⁸⁰¹ *Idem*, p. 207.

⁸⁰² *Idem*.

momentos de contrapeso ou de ponderação de bens, interesses e valores na aplicação do princípio, resguardava-o das críticas mais acérrimas que lhe têm sido endereçadas. No entanto, as vantagens desta orientação transformam-se rapidamente em desvantagens: a desistência da ponderação de bens, interesses ou valores retira ao princípio aquele que tem sido o seu préstimo principal no âmbito dos *limites aos limites* das posições jurídicas subjetivas, *maxime* dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos. O desenho de um utensílio de *perfil mais baixo*, menos “*agudo*”, retirava-lhe acutilância naquela que é a sua zona preferencial de atuação.

Como se referiu, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO foi dos primeiros autores portugueses a antever e a sublinhar a relevância do princípio. Acompanhar o modo como o seu tratamento evoluiu ao longo de vinte e cinco anos nas várias edições das suas lições⁸⁰³, é um exercício retrospectivo sobre a sua maturação, perceção teórica das potencialidades e evolução da consagração constitucional.

É entre a 2.^a e a 3.^a edição do seu *Direito Constitucional* (respetivamente, 1980 e 1983) que parece registar-se a evolução mais visível. Na primeira, dá ainda preferência ao *nomen* “princípio da proporcionalidade”. Na segunda, opta por utilizar preferencialmente a designação “proibição do excesso”, embora sem abandonar radical e alternativamente a outra expressão, opção que manteria até ao presente. Na primeira, ainda defende que “seria (...) difícil fazer valer uma pretensão em tribunal invocando-se tão somente o princípio da proporcionalidade”⁸⁰⁴. Este ceticismo sobre a densidade e a energia normativa do princípio, desaparece em edições posteriores, sendo substituído por uma conceção de *aplicabilidade direta e imediata* pelo juiz em amplos sectores da ordem jurídica⁸⁰⁵. Na edição de 1983, surgem firmes os contornos da estrutura tripartida do princípio da proibição do excesso, que *mutatis mutandis* se manteriam ao longo das últimas décadas: conformidade ou adequação; exigibilidade ou necessidade; proporcionalidade em sentido estrito. Embora sem desenvolver, o autor distingue, no âmbito da exigibilidade ou necessidade, diferentemente do que sucede com o resto da doutrina

⁸⁰³ Primeiro, o *Direito Constitucional*, entre 1977 e 1997, depois o *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, a partir de 1997.

⁸⁰⁴ *Direito Constitucional*, 2.^a edição, p. 230.

⁸⁰⁵ *Direito Constitucional e Teoria...*, 2.^a ed., pp. 259 ss.; 5.^a ed., pp. 266 ss.

portuguesa, a *necessidade absoluta* e a *necessidade relativa*⁸⁰⁶. A primeira, concentrar-se-ia na necessidade abstrata da medida: era necessário produzir *uma qualquer medida*? A segunda, focaria a questão de saber se poderia ter sido adotado outro meio *igualmente eficaz e menos desvantajoso* para o cidadão (ou para os bens, interesses ou valores sacrificados). Pronunciar-nos-emos a seu tempo sobre este *distinguo*, sugerindo que a necessidade ou externa se reporta à conformação do fim como pressuposto de aplicabilidade da proibição do excesso.

De resto, o princípio assume traços nítidos. Trata-se de um princípio normativo concreto da ordem constitucional portuguesa⁸⁰⁷ e subprincípio densificador do Estado de direito democrático⁸⁰⁸, sujeito contemporaneamente a um processo de europeização através do cruzamento das várias culturas jurídicas europeias. Traçando-lhe as raízes até à *reasonableness* anglo-saxónica, ao *détournement du pouvoir* francês, ao *eccesso di potere* italiano e bem assim, naturalmente, ao conceito prussiano do direito de polícia de *Verhältnismässigkeit*, CANOTILHO reconhece-lhe potencialidades expansivas, resultantes do crescente apelo das sociedades modernas do pós-guerra a um direito justo.

A propensão expansiva - que também encontrámos em JORGE MIRANDA - tem, aliás, expressão na própria conceção do autor sobre a extensão dos campos de aplicação do princípio. Assim, notando que o seu campo de aplicação mais importante é o da restrição de direitos, liberdades ou garantias por atos do poder público, admite que o seu domínio natural de aplicação se estende *aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie*. Embora sem especificar ou desenvolver o tema, afigura-se que na mente do autor estará a possibilidade de o princípio atuar como limite à restrição, sacrifício ou compressão de posições jurídicas subjetivas de outra natureza, mas também de bens, interesses ou valores de natureza objetiva, inclusive quando se trata de promover posições jurídicas subjetivas colidentes. Esta ilação é corroborada por um dos exemplos que dá de aplicação do princípio: quando “se trata de saber se uma subvenção é apropriada e se os fins visados através da sua atribuição não poderiam ser alcançados através de subvenções mais reduzidas”⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ *Direito Constitucional e Teoria...*, 5.ª ed., p. 270.

⁸⁰⁷ *Idem*, p. 271.

⁸⁰⁸ *Idem*, p. 453.

⁸⁰⁹ *Idem*, p. 272.

Ora, este é um exemplo em que a concretização de um direito a prestação de um particular interfere com interesses de natureza objetiva do Estado, nomeadamente interesses financeiros. A aplicação do princípio da proibição do excesso destinar-se-ia a garantir que tal concretização não se faz à custa de um sacrifício desproporcionado de interesses objetivos do Estado.

No que toca aos destinatários, a visão do autor é também larga, apontando a vinculação do legislador, da administração e da jurisdição ao princípio.

Aspeto notório na construção de CANOTILHO é a referência a diferentes extensões e intensidades do controlo judicial baseado na aplicação do princípio, consoante se trate de atos do legislador, do administrador ou do juiz. O tópico não é desenvolvido, mas parece sustentar uma intensidade mínima do controlo jurisdicional da observância da proibição do excesso pelo legislador. Em honra do espaço de conformação do legislador, os tribunais só poderiam verificar se a regulação legislativa é *manifestamente* inadequada ou se existiu um *manifesto* erro de apreciação por parte do legislador. Daí se infere que ao juiz (nomeadamente o de fiscalização da constitucionalidade) não caberia avaliar *positivamente* a adequação (mínima, suficiente, ou total) da norma legislativa, mas apenas se esta é inadequada. Consequentemente, se houver dúvidas sobre a adequação, isto é, se não se puder dizer com segurança que a norma é inadequada, mas também não se puder afirmar que é adequada em alguma medida, mínima que seja, o juiz não pode invalidá-la à luz da proibição do excesso. Por outro lado, na fiscalização do subprincípio da proporcionalidade e.s.e., o juiz veria a respetiva competência circunscrita à sua aplicação a posições jurídicas concretas⁸¹⁰.

Para JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE a ideia de proporcionalidade (proibição de restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais⁸¹¹) já resulta da proibição geral do arbítrio, mas a Constituição estabelece no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, uma proibição qualificada do arbítrio quanto à restrição de direitos

⁸¹⁰ *Idem*, p. 272.

⁸¹¹ **Os Direitos Fundamentais...**, 2.ª edição, 2001, pp. 296, 298, 300, 306 (embora a publicação seja já do século XXI, saindo da moldura temporal que definimos, parece preferível abrir uma exceção e usá-la, uma vez que o **Direito Constitucional**, policop., data de quase 25 anos antes e a 1.ª edição dos **Direitos Fundamentais** de quase vinte anos antes).

fundamentais⁸¹². Daqui parece poder extrair-se que a ideia de proporcionalidade tem vigência geral, embora com força qualificada no âmbito desses direitos.

No plano das limitações aos direitos, VIEIRA DE ANDRADE distingue limites imanescentes dos direitos, restrição de direitos e harmonização de direitos. Para o recorte da proporcionalidade, interessa sobretudo a distinção entre restrição e harmonização e entre as leis ou atos restritivos e as leis ou atos harmonizadores.

A restrição propriamente dita, pressupõe o conflito entre um direito ou valor (potencialmente) «agressivo» e um direito ou valor (potencialmente) «vítima», de modo que a restrição implica e visa sempre a diminuição do conteúdo protegido (muitas vezes da liberdade ou de uma liberdade), em função da necessidade de proteger um outro direito ou um valor comunitário que seria prejudicado pelo exercício não limitado daquele. Este conflito resolve-se com o sacrifício de um em benefício do outro.

Diferentemente, a harmonização de direitos decorre de uma colisão entre direitos ou de um conflito entre direitos e valores que a Constituição protege simultaneamente e que entram em contradição numa determinada situação real ou hipotética⁸¹³. A solução desses conflitos e colisões não pode pautar-se pelo sacrifício de um deles em benefício do outro, seja em virtude de uma preferência abstrata por recurso a uma ordem hierárquica de valores constitucionais, ou de uma teoria substantiva dos direitos fundamentais. Por isso não se pode recorrer a uma regra semelhante à do artigo 335.º do Código Civil, que manda dar prevalência ao direito superior ou promover cedências mútuas, em caso de igualdade. “Não pode aceitar-se nem uma mera prevalência de um dos direitos ou valores, nem uma redução mútua igual, impondo-se uma ponderação concreta dos bens, que pode conduzir a resultados variáveis consoante as circunstâncias”⁸¹⁴. Quanto muito, haverá uma hierarquização no contexto do caso concreto.

Terão, portanto, de “se harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes, em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema”⁸¹⁵. Estes conflitos ou colisões resolvem-se com a utilização do princípio da harmonização ou da

⁸¹² *Idem*, p. 299.

⁸¹³ *Idem*, pp. 310-311.

⁸¹⁴ *Idem*, p. 314.

⁸¹⁵ *Idem*, p. 313.

concordância prática, a qual não impõe a realização ótima de cada um dos valores em jogo, uma harmonização em termos matemáticos. O objetivo da ponderação (ou de *ad hoc balancing*) de todos os valores em presença, é preservar a Constituição na maior medida possível, distribuindo proporcionalmente as “perdas” e os ganhos” (“os custos do conflito”) de todos, na proporção do respetivo peso normativo. Desta forma, garante-se uma otimização típica da concordância prática: todos os valores constitucionais em colisão ou conflito são preservados na medida do possível, não podendo nenhum deles considerar-se fundamentalmente sacrificado, embora um ou mais possam ser, em concreto, mais comprimidos. A solução correta será a que, somadas todas as perdas, for a menos compressora da globalidade dos direitos ou valores em causa. As colisões e os conflitos tanto se colocam ao nível da lei, como nos casos concretos de aplicação do direito, mormente pelos tribunais⁸¹⁶.

VIEIRA DE ANDRADE assume implicitamente uma diferenciação funcional entre a concordância prática e a proibição do excesso, a primeira relacionada com as leis harmonizadoras, a segunda com as leis restritivas.

Diz a certo passo que as “leis *harmonizadoras* (...) apenas visam pôr em concordância valores constitucionais”, enquanto, por sua vez, as leis restritivas estão sujeitas a um controlo da proporcionalidade da restrição através de um critério de *defensabilidade*⁸¹⁷. E, mais adiante, frisa claramente que “a autorização constitucional para a *restrição* confere ao legislador um certo espaço próprio de avaliação e de decisão, sujeito fundamentalmente a um controlo de *proporcionalidade* (defensabilidade) pelo juiz”. Por seu lado, quanto às leis harmonizadoras, “a limitação de direitos (ou de direitos e de valores comunitários) numa situação abstrata de colisão (...) está naturalmente sujeita a um *reexame* judicial, em função das circunstâncias hipotizadas e da sua capacidade de adaptação às exigências de uma concordância prática”⁸¹⁸. Sem embargo, fala, no âmbito da harmonização e do princípio da concordância prática, da necessidade de um juízo de ponderação e da aplicação de uma ideia de proporcionalidade em sentido estrito⁸¹⁹.

⁸¹⁶ *Idem*, pp. 277-278.

⁸¹⁷ *Idem*, p. 226.

⁸¹⁸ *Idem*, pp. 281-282. A expressão concordância prática aparece pela primeira vez neste trecho.

⁸¹⁹ *Idem*, p. 315.

Saliente-se que, na sua construção, o acima referido controlo de *defensabilidade* implica que o controlo da proporcionalidade em sentido estrito não vai além da verificação da razoabilidade da solução. O juiz constitucional só consideraria “inconstitucionais as normas *desrazoáveis*, que constituam uma violação clara do princípio. Só assim se garantirá uma repartição equilibrada e racional dos poderes constitucionais”⁸²⁰.

Outras aplicações, mais localizadas, referidas ao longo do texto: (i) cláusula geral de polícia; (ii) decisões políticas concretas; (iii) restrições da liberdade para proteção dos indivíduos contra si próprios; (iv) autolimitação de direitos; (v) estatutos especiais; (vi) reserva, por via legislativa, de certos direitos aos portugueses (vi) deveres fundamentais.

Assim, no contexto da cláusula geral de polícia, verifica-se que as medidas policiais estão sujeitas ao princípio da proporcionalidade (art.º 272.º, n.º 2)⁸²¹.

Também as decisões políticas concretas “devem atender aos direitos fundamentais dos cidadãos, quando sejam suscetíveis de os afetarem e não os devem prejudicar arbitrariamente ou desproporcionalmente”⁸²². Há aqui uma explícita abertura à aplicação da proibição do excesso no âmbito da função política não legislativa.

No caso de restrições da liberdade para proteção dos indivíduos contra si próprios, ao legislador é exigido uma especial fundamentação social do desvalor atribuído às atividades restringidas, já que as restrições põem em causa o livre desenvolvimento da personalidade. A apreciação da proporcionalidade pelo juiz, tenderá a ser de *evidência* e não de defensabilidade, uma vez que o apelo à consciência jurídica geral ou ao sentimento comunitário, em abstrato, pertence mais ao legislador democrático do que ao juiz⁸²³. O juízo do legislador torna-se assim mais inatingível pela apreciação do juiz constitucional.

No caso de situações de autolimitação de direitos, o autor distingue entre aquelas que ocorrem no âmbito de relações entre iguais, isto é, entre pessoas que têm o mesmo poder ou influência na configuração da relação e as que ocorrem entre desiguais. Admite a aplicabilidade da proporcionalidade e da *racionalidade* (sem

⁸²⁰ *Idem*, p. 300.

⁸²¹ *Idem*, p. 233.

⁸²² *Idem*, p. 236.

⁸²³ *Idem*, p. 310.

especificar o sentido útil desta segunda noção) no caso das segundas, isto é, entre pessoas que não têm o mesmo poder de influência. Em contrapartida, nas relações entre iguais, o autor apenas admite o respeito pelo núcleo essencial dos direitos⁸²⁴. VIEIRA DE ANDRADE autonomiza a análise do regime a que estão sujeitos os chamados estatutos especiais (membros das forças armadas, funcionários públicos, presos e outros)⁸²⁵. A aplicação do princípio da proporcionalidade na definição das restrições ou limitações que esses estatutos podem implicar não é questionada (antes é afirmada⁸²⁶). Todavia, não é claro se o autor admite alguma singularidade nessa aplicação, à semelhança do que parece suceder no que toca a outros aspetos daquele regime.

Quanto à reserva por via legislativa de certos direitos aos portugueses, só é justificável em relação a direitos que tenham fortes implicações de carácter social, desde que haja um valor constitucional que justifique o exclusivo para os nacionais e com respeito pelos princípios da universalidade e da proporcionalidade⁸²⁷.

Os deveres autónomos previstos na Constituição⁸²⁸, constituem fundamento para a restrição de direitos, equivalendo a sua consagração à previsão expressa de um valor ou interesse comunitário justificador da restrição de direitos, liberdades ou garantias⁸²⁹. No estabelecimento dessas restrições, o legislador ordinário tem de respeitar o princípio da proporcionalidade⁸³⁰.

Ainda sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, há dois temas sobre o qual o tratamento conferido pelo autor suscita dúvidas: (i) a aplicabilidade aos direitos económicos, sociais e culturais; (ii) a aplicabilidade em situações de colisão de posições jurídicas da Administração.

Não há dúvida que considera que os direitos económicos, sociais e culturais podem ser fundamento de restrições de direitos, liberdades ou garantias, aplicando-se o

⁸²⁴ *Idem*, pp. 323-324.

⁸²⁵ *Idem*, pp. 303 ss.

⁸²⁶ *Idem*, p. 306.

⁸²⁷ *Idem*, p. 132.

⁸²⁸ *Idem*, p. 157.

⁸²⁹ *Idem*, p. 165.

⁸³⁰ *Idem*, p. 157.

princípio da proporcionalidade a essas restrições⁸³¹. Contudo, não toma posição sobre outra questão, em certa medida inversa: a de saber se a materialização defeituosa de direitos sociais, ou alterações a normas materializadoras, com fundamento na promoção de outros bens, interesses ou valores, designadamente, direitos, liberdades ou garantias, também está sujeita ao princípio da proporcionalidade, ou a qualquer outro parâmetro afim.

Por outro lado, encontra uso para o princípio no contexto da eterna controvérsia sobre a possibilidade de os órgãos administrativos recusarem a aplicação de uma lei por a considerarem inconstitucional por violação dos preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades ou garantias. A Administração ficaria entre o efeito normativo cruzado de vários princípios: os princípios da constitucionalidade e da aplicabilidade direta dos preceitos relativos aos direitos fundamentais e o princípio da legalidade da Administração. Não sendo possível reconhecer à Administração um poder genérico de desaplicação de leis com fundamento em inconstitucionalidade, nem amarrá-la a uma obediência cega à lei, o autor sugere o recurso (na senda de BACHOF) a uma solução diferenciada, "recorrendo a critérios de proporcionalidade" para a resolução dos conflitos entre os dois princípios constitucionais e procurando a proporção que corresponda a um equilíbrio ponderado dos valores em jogo⁸³².

Ora, a referência aos critérios de proporcionalidade deixa a dúvida sobre se pretende sugerir a aplicação do princípio da proporcionalidade *proprio sensu*. Com efeito, admite-se que há uma colisão em concreto de dois princípios constitucionais que deve ser resolvida pelo administrador mediante uma operação de ponderação. Mas ponderação não é o mesmo que aplicação do parâmetro princípio da proporcionalidade.

Esta questão mais uma vez coloca a nu a anteriormente assinalada insuficiência da doutrina nacional no que toca à delimitação precisa de vários instrumentos de mediação, parâmetros, técnicas ou simples conceitos (proporcionalidade ou proibição do excesso, congruência prática, ponderação, razoabilidade, racionalidade).

⁸³¹ *Idem*, p. 389.

⁸³² *Idem*, p. 210.

Sem embargo, assinala-se o contributo de VIEIRA DE ANDRADE para a alteração desse panorama. Na doutrina nacional é um dos primeiros (a par de CANOTILHO) a aludir ao princípio de inspiração germânica da proibição do défice (*Untermaßverbot*), "paralelo com o já tradicional princípio da proibição do excesso e inspirado nele"⁸³³. A circunstância de apresentar uma noção desse princípio que corresponde, *grosso modo*, à visão algo limitada (embora inovadora) de CANARIS não diminui o valor da referência.

Na perspectiva oferecida pelo autor, a proibição do défice visa impor ao Estado um dever genérico de proteção mínima dos direitos fundamentais, incorrendo o Estado em omissão legislativa quando não cumpra essa imposição genérica, complementar em relação às imposições de legislação específica contidas em vários preceitos constitucionais. Este princípio vale apenas na medida do possível, de modo a respeitar a liberdade constitutiva do legislador⁸³⁴. Como acontece em geral ainda hoje, a articulação entre proibição do defeito e proibição do excesso não resulta totalmente nítida, como o denuncia esta frase: "[q]uando a protecção dos direitos de uma pessoa possa pôr em causa a esfera jurídica de terceiros, exige-se que essa protecção seja medida por uma ponderação dos bens ou valores em presença e que respeite o princípio da proporcionalidade, nos termos gerais válidos para as situações de colisão ou de conflito"⁸³⁵. Sendo assim, o que é que cabe à proibição do defeito e o que é que cabe à proporcionalidade ou proibição do excesso?

Além disso, admite um controlo autónomo de razoabilidade (não desrazoabilidade)⁸³⁶.

Relevante é, também, a clara distinção entre proteção do conteúdo essencial dos direitos e princípio da proporcionalidade. Explana o que se usa designar de *teoria mista* ou *eclética*: por um lado, adere às teses absolutas da proteção do conteúdo essencial, sustentando que o art.º 18.º, n.º 3, estabelece uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável que nunca poderá ser afetado, mesmo que um bem considerado superior o exija ou pareça exigir; por outro lado, apesar de rejeitar que o conteúdo essencial varie de acordo com o que determinar ou consentir

⁸³³ *Idem*, p. 144.

⁸³⁴ *Idem*, *ibidem*.

⁸³⁵ *Idem*, p. 145.

⁸³⁶ *Idem*, p. 226.

o princípio da proporcionalidade, atribui a este um papel autónomo, fora daquele núcleo essencial⁸³⁷.

Tal como os autores anteriores, também LÚCIA AMARAL não elabora especificamente sobre o princípio, sendo, por isso, necessário "cozer" as profusas indicações que vai deixando ao longo da sua tese⁸³⁸, sobre responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador, a respeito do princípio⁸³⁹, parâmetro⁸⁴⁰, ideia⁸⁴¹ requisito⁸⁴² ou valor geral⁸⁴³ da proporcionalidade.

Na perspetiva do fundamento, associa-o, juntamente com os princípios da igualdade e da proibição do arbítrio, aos cânones e às exigências éticas do conteúdo do princípio do Estado de direito⁸⁴⁴. Estes princípios integram o direito positivo, diretamente oponível ao legislador e suscetível de ser aplicado pelo juiz, constituindo limites jurídicos disciplinadores da ação de todos os poderes públicos. A sua consagração resultou de um movimento pós II Guerra no sentido de inscrever no domínio do *jus positivum* uma conceção de justo e de justiça "capaz de alicerçar, não uma qualquer ordem jurídica, mas uma ordem inspirada em inequívocas opções quanto ao «sentido» e «valor» das suas normas". Esta ordem que, como diz com ironia, citando Cappelletti, se rendeu a "positivar finalmente o direito natural"⁸⁴⁵, implica que muitos temas antes pertencentes ao domínio jusfilosófico se tenham transferido de "armas e bagagens" para o campo da interpretação jurídica, complexizando-a. O princípio da proporcionalidade é uma manifestação eloquente dessa positivização das controvérsias filosóficas, integrando um reduto ético que fornece a base consensual para o conceito comum de justiça, o qual se juridificou e jurisdicionalizou, abandonando "as esferas etéreas do direito natural para penetrar a vida quotidiana dos homens"⁸⁴⁶.

⁸³⁷ *Idem*, p. 295.

⁸³⁸ Benefício aqui da indulgência e tolerância com que a autora aceitou corrigir algumas das deficiências de entendimento inicial do seu pensamento sobre este tema.

⁸³⁹ **Responsabilidade...**, pp. 285, 287, 288 ("desproporcionalidade"), 340, 444, 464, 519, 520, 522.

⁸⁴⁰ *Idem*, pp. 289, 623.

⁸⁴¹ *Idem*, p. 712.

⁸⁴² *Idem*, p. 521.

⁸⁴³ *Idem*, p. 573.

⁸⁴⁴ *Idem*, p. 285.

⁸⁴⁵ *Idem*, pp. 339-340.

⁸⁴⁶ *Idem*, p. 341.

Já numa perspetiva dogmática, nota-se uma persistente tensão entre o que designamos por princípio da proporcionalidade quantitativa e princípio da proporcionalidade clássica ou da proibição do excesso.

Tratando-se de uma dissertação cujo objeto central é o dever de indemnizar do legislador ou do Estado, a primeira é frequentemente convocada: “[s]empre que o bem comum exigir que certo ou certos particulares sofram sacrifícios patrimoniais que sejam de índole grave e especial, por excederem em natureza e em intensidade os encargos normais que são impostos a todos pelas necessidades correntes da vida coletiva, fica o Estado obrigado a compensar a perda anormal que infligiu. A justa indemnização é a corporização desta regra”⁸⁴⁷. Ora, justa indemnização é indemnização proporcional ao sacrifício patrimonial sofrido, *quantitativamente* expressável.

Com esta noção específica cruza-se outra de espectro mais geral: a do princípio da proporcionalidade como princípio constitucional aplicável a toda ação do Estado⁸⁴⁸. Este princípio “proíbe todas aquelas atuações do poder público que impliquem a escolha de meios não exigíveis, não necessários e não adequados para a prossecução de determinados fins (arts. 18, n.º 2, e 266, n.º 2)”⁸⁴⁹, Trata-se de uma precipitação da própria ideia de ‘Estado de Direito democrático’⁸⁵⁰. Aqui trata-se já da figura da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso, que não coloca forçosamente em relação grandezas comensuráveis ou quantitativamente expressáveis.

3. O "caderno de encargos" para a doutrina

Desta visita guiada à doutrina portuguesa, cujo panorama geral não se alterou significativamente nos últimos quinze anos, apesar de trabalhos e contributos

⁸⁴⁷ *Idem*, p. 573.

⁸⁴⁸ *Idem*, pp. 286, 288, 340, 341, 444, 519.

⁸⁴⁹ A autora refere-se de modo geral ao artigo 18.º, n.º 2, como o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade. No entanto, em alguns locais, como aqui, adita a menção ao artigo 266.º, n.º 2: cfr. *ob. cit.*, pp. 519, 520, 521.

⁸⁵⁰ *Idem*, p. 520.

importantes, entre os quais os de JORGE NOVAIS (2003)⁸⁵¹ e, mais recentemente, de JOÃO NOGUEIRA (2010)⁸⁵², ressalta um caderno de encargos exigente. Consiste em resolver todos os nós que ainda afetam a proibição do excesso, não obstante o uso intensivo e controverso a que foi sujeita em períodos críticos da nossa vivência constitucional recente.

⁸⁵¹ Utilizamos ao longo deste trabalho quer *As Restrições...*, quer *Os Princípios...*, pp. 161 ss. Um dos aspetos em que **Novais** se afasta das posições mais comuns da doutrina e da jurisprudência é a que se refere à decomposição dos vários elementos constitutivos do princípio: são apresentados os princípios da aptidão ou da idoneidade, da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, da proporcionalidade, da razoabilidade e da determinabilidade. Os dois primeiros não dispensam, por vezes, procedimentos de ponderação, mas são de apreciação tendencialmente objetiva. O terceiro depende de procedimentos de ponderação de bens, racionalmente acessíveis, mas essencialmente subjetivos. Por isso, a margem de apreciação do órgão de controlo, essencialmente o juiz constitucional é maior nuns (os primeiros), do que no terceiro (*Os Princípios...*, p. 166).

No que toca à descrição e extensão dos três primeiros, o autor situa-se dentro do consenso doutrinal que se consolidou, quer a nível nacional, quer internacional, com um ou outro ajustamento. A idoneidade, é descrita como a capacidade ou aptidão objetiva das medidas restritivas para contribuir para alcançar o fim prosseguido, sem que esteja em causa a sua bondade intrínseca ou a sua oportunidade. A idoneidade, proporciona um controlo essencialmente objetivo de uma relação empiricamente comprovável entre um meio e um fim. O controlo da idoneidade não visa verificar se a medida realiza integralmente o objetivo, mas apenas se, à luz do que o seu autor podia conhecer no momento em que a adotou e nos momentos posteriores em que a podia ter alterado (por sua iniciativa, ou por indução do órgão de controlo), ela era suscetível de o aproximar (*Os Princípios*, pp. 167 ss.). A necessidade ou indispensabilidade impõe que se recorra ao meio mais suave ou menos restritivo que possa ser utilizado para atingir o fim a que se propõe. Traduz-se, na versão mais simples, na comparação entre diferentes constelações ou complexos de relações meio-fim ou, mais propriamente, dos efeitos lesivos, numa perspetiva material, espacial, temporal ou pessoal, de diferentes meios *igualmente eficazes*. Sem embargo, a maior parte dos casos serão mais complexos, havendo que comparar meios com eficácia diversa (desigual). Nesses casos, esta componente remete já para juízos de valoração e de ponderação dos graus de eficácia e dos graus de lesividade das medidas alternativas, não sendo, por conseguinte, totalmente objetiva. Porém, não deve o juiz constitucional autolimitar-se aos casos de maior objetividade, em que as medidas alternativas, com diferentes cargas de sacrifício objetivamente mensuráveis, têm eficiência equivalente ou apenas diferenças marginais de eficiência. Tão somente é conveniente que na apreciação dos casos em que haja uma mais acentuada ponderação e valoração de utilidades, realizada pelo legislador, o juiz observe uma maior contenção do que a exigível nos casos em que a avaliação é objetiva (*Os Princípios...*, pp. 171 ss.). Com a proporcionalidade em sentido próprio, ou em sentido estrito, avalia-se a relação entre duas grandezas, variáveis e comparáveis: a importância ou premência do fim que se pretende alcançar, de um lado e a gravidade do sacrifício que se pretende impor, do outro, à luz de um critério retirado do sentimento de Justiça ou da ideia de Direito de quem pondera. O autor demarca a noção de ponderação de bens, reservada para o momento lógico em que se produz um juízo sobre qual dos bens em colisão apresenta maior peso e qual deve ceder, da noção de proporcionalidade, em que se controla a medida restritiva concreta adotada para concretizar a relação de preferência condicionada de um bem sobre o outro. Na proporcionalidade avalia-se o meio e também o fim, à partida considerado legítimo para efeitos do controlo da idoneidade e da necessidade, mas que pode não justificar a medida concreta. Sobre a repartição de tarefas entre órgão autor da medida e órgão de controlo, designadamente sobre se este verifica se a medida é a mais proporcional ou se limita a constatar a sua não desproporcionalidade, o autor sustenta que ao juiz cabe apenas verificar a não desproporcionalidade e não se haveria outra medida mais proporcional do que a adotada pela autoridade normativa (*Os Princípios...*, pp. 178 ss.).

⁸⁵² *Direito fiscal europeu – o paradigma da proporcionalidade...*, cit.

As insuficiências subsistem a vários níveis: (i) fundamento constitucional da proibição do excesso incontestado, mas *insuficientemente demonstrado*; (ii) deficiente separação entre alguns dos pressupostos da aplicabilidade e os instrumentos estruturais da proibição do excesso; (iii) insatisfatória delimitação analítica entre proibição do excesso e outros instrumentos de mediação da solução legislativa de superação de colisões normativas; (iv) associado ao anterior *item*, desconsideração do perfil dos vários tipos de colisões normativas, quer quanto aos bens, interesses ou valores colidentes, quer quanto à estrutura deôntica das normas que enquadram os comportamentos e as posições jurídicas do legislador perante as colisões; (v) indistinção entre a proibição do excesso como norma de ação e como norma de controlo; (vi) dececionante densificação dos segmentos estruturais da proibição do excesso, sendo dadas por adquiridas simples *ideias difusas*; (vii) imprecisão em relação ao local metódico, objeto, objetivo e estrutura da operação de ponderação inerente à proibição do excesso; (viii) modesta dilucidação da extensão dos poderes do juiz constitucional em relação a *todo e cada um* dos aspetos sujeitos a controlo; (ix) insuficiente delimitação - e, por vezes, confusão - com figuras afins (e algumas até pouco afins...).

Cabe agora ver se a jurisprudência constitucional gerou indicações que suavizem este panorama doutrinal.

Cinco

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Enquadramento geral

Embora entre frequentemente em diálogo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre proibição do excesso, nela se inspirando aqui, criticando-a ali, este trabalho não a tem por objeto prioritário. Por isso, no presente capítulo limitarmos-nos a uma panorâmica dessa jurisprudência⁸⁵³, procurando contribuir para uma leitura sistemática e articulada das orientações reveladas por numerosos acórdãos (centenas, de acordo com a base de dados do Tribunal Constitucional, acessível em www.tribunalconstitucional.pt⁸⁵⁴), raramente preocupados com uma visão global e coerente.

Não é legítimo exigir do Tribunal Constitucional uma *teoria* da proibição do excesso. Isso cabe à doutrina e para isso queremos contribuir com este trabalho, incorporando o importante contributo do Tribunal. Mas também não é satisfatória uma atitude *ad hoc*, alheia de um pensamento minimamente sistemático e estruturado, garantidor de previsibilidade, e inibidor das alegações de

⁸⁵³ Seleccionámos mais de uma centena de acórdãos, produzidos ao longo de 30 anos, relatados por diferentes juízes conselheiros, incidentes sobre numerosos temas, representativos, mas não exaustivamente: cfr. o índice no final. Como outros já notaram (v. **Queiroz, *Direitos Fundamentais***, pp. 240-241), tanto ou mais quanto o dispositivo da decisão, os argumentos e orientações acolhidos na fundamentação são constitutivos do sentido normativo da jurisprudência constitucional.

⁸⁵⁴ Ao longo do texto, sempre que são referidos acórdãos do TC, a respetiva identificação é feita usando a numeração/seriação com que são acessíveis nesta base de dados (número do acórdão, década, ano). Os títulos dos acórdãos são da nossa responsabilidade e visam apenas facilitar a identificação do *thema decidendi*.

irracionalidade ou de arbítrio jurisdicional, tantas vezes apontadas à proibição do excesso⁸⁵⁵.

Saliente-se o progresso ocorrido na jurisprudência do Tribunal. Em pouco mais de três décadas diluiu-se o pudor de reconhecer a aplicação do princípio⁸⁵⁶ e superaram-se ou atenuaram-se as indefinições analíticas mais perturbadoras, como a da assimilação de restrição, ou restrição não expressamente autorizada, a medida desproporcional⁸⁵⁷. Esbateram-se as desconfianças e a aversão a mecanismos como a ponderação, por vezes convenientemente ocultados atrás de doutrinas como a dos limites imanentes^{858/859}, a dos condicionamentos como alternativa às

⁸⁵⁵ O Tribunal sentiu a necessidade de fazer regularmente um exercício introspetivo, ao jeito de “ponto da situação”, consolidando adquiridos anteriores e clarificando aspetos novos: v., ilustrativamente, os acórdãos n.ºs 103/87, C. Costa (restrições aos direitos de pessoal militarizado da PSP), 634/93, L. N. Almeida (criminalização de conduta de embarcado), 1182/96, S. Brito (violação de acesso à justiça), 187/01, P. M. Pinto (segundo acórdão sobre propriedade das farmácias), 632/08, L. Amaral (duração do período experimental), estudados no número seguinte. Isso não evita, ainda hoje, decisões que concluem pela violação do princípio da proporcionalidade sem referência aos seus segmentos, à sua estrutura ou à sua metódica de aplicação, nem demonstração da argumentação específica de cada um deles: v., recentemente, o acórdão n.º 2/13.

⁸⁵⁶ Não é preciso ir muito longe para encontrarmos manifestações de fenómenos semelhantes noutras jurisdições: v., sobre Espanha, **Beilfuss, *El Principio de Proporcionalidad...***, p. 16.

⁸⁵⁷ V., por exemplo, acórdão n.º 479/94. No último parágrafo da fundamentação, assinala-se que “as normas em apreço, ao autorizarem um procedimento de identificação coactiva com privação total da liberdade dos identificados fora do quadro constitucional previsto no artigo 27º, n.ºs 2 e 3, haveriam, *automaticamente*, de se considerar como excessivas e desproporcionadas” (sublinhado no original). Sugeria-se, portanto, que sempre que uma qualquer norma viole a Constituição por restringir um direito, liberdade ou garantia sem credencial constitucional surge *automaticamente* uma violação do princípio da proibição do excesso, ou que toda e qualquer restrição de um direito, liberdade ou garantia não autorizada constitucionalmente é forçosamente desproporcionada ou excessiva.

⁸⁵⁸ Não dedicaremos especial atenção às situações em que o Tribunal descobriu para a proibição do excesso a função de mero instrumento de *identificação* dos chamados limites imanentes, prescindindo da sua verdadeira vocação de instrumento de mediação de operações de ponderação e harmonização também utilizável no contexto do controlo de todo e qualquer ato do poder público de algum modo limitativo das posições jurídicas subjetivas em que se desdobram os direitos fundamentais. Essa inversão metodológica em que o Tribunal Constitucional incorre (cfr. nota seguinte) foi já bem criticada por **Novais, *As restrições...***, p. 535, na medida em que “obscurece a utilização do princípio da proporcionalidade como critério de controlo, inibindo-o (...) de desenvolver com transparência todas as suas virtualidades de instância decisiva da apreciação da legitimidade constitucional das intervenções restritivas...”. Estas palavras inserem-se na análise crítica do autor à utilização pelo Tribunal Constitucional da doutrina dos limites imanentes aos direitos fundamentais como forma de superar a ausência de permissão constitucional expressa da restrição de certos direitos. Na operação de “descoberta” desses limites imanentes não seriam aplicáveis, além do mais, de acordo com certa doutrina e jurisprudência, os limites materiais e os limites formais estabelecidos nos n.ºs 2 e 3 do art.º 18.º da CRP, o que enfraqueceria sobremaneira a garantia constitucional dos direitos fundamentais: v. **As restrições...**, *cit.*, p. 529; no sentido da não aplicação daqueles *limites aos limites* aos chamados limites imanentes, **Nabais, *O dever...***, pp. 550 ss.

⁸⁵⁹ Ainda **Novais**, sobre a referida inversão lógica em que incorre o Tribunal Constitucional quando avalia certas normas ablativas de direitos fundamentais. Aquele Tribunal começa por verificar se

restrições de direitos, a da interpretação restritiva dos direitos, a do conteúdo essencial e outras. Passou-se para uma fase de confiante receção e ampla aplicação dos vários instrumentos de harmonização que pressupõem operações de ponderação⁸⁶⁰.

2. A formação histórica da jurisprudência sobre a proibição do excesso

Entre muitas centenas ou milhares de acórdãos, a seleção daqueles que são "estruturantes", "fundadores", "doutrinários" ou "marcantes", os *leading cases* em suma, corre o risco de arbitrariedade, de erros de avaliação ou de injustiça (para aqueles a que é dado menos destaque do que merecem). Não pode deixar de se correr esse risco. Propomo-nos assentar a formação histórica da jurisprudência constitucional sobre a proibição do excesso em três pilares: (i) os primeiros acórdãos; (ii) os acórdãos estruturantes ou fundadores; (iii) os acórdãos da jurisprudência da crise.

2.1. Os primeiros acórdãos

Logo nos dois primeiros grandes testes a que foi submetido após o início do funcionamento (1983), o processo do imposto extraordinário sobre o rendimento e o primeiro processo sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez,

uma determinada intervenção pública em direitos é razoável, justificada ou proporcional. Se o for, *mesmo que tal intervenção não esteja legitimada por disposição constitucional expressa* o Tribunal Constitucional considera-a legitimada pela pretensa existência de limites imanes aos direitos fundamentais ou de possibilidade de regulamentação condicionadora, ou da não afetação do núcleo essencial, ou simplesmente ignorando a ausência de habilitação constitucional expressa, camuflando muitas vezes o juízo puramente ponderativo inerente à proporcionalidade. O tema é tratado em vários locais de *As restrições...*; v. entre outros, pp. 36 ss., 532 e ss.

⁸⁶⁰ É claro que essa evolução não se traduz ainda na completa irradicação desses "biombos": v., por exemplo, acórdãos n.º 491/02 (recusando a qualificação de restrição e perfilhando a de condicionamento, embora adaptando a aplicação do princípio da proporcionalidade a esse condicionamento) ou n.º 512/08 (retomando sem qualquer cedência as distinções entre restrições, condicionamentos e regulamentação e a assimilação entre norma restritiva e norma desproporcionada). O debate interno no próprio Tribunal é aliás vivo, como resulta da rejeição dessa doutrina no acórdão n.º 486/04, n.º 13.

o Tribunal Constitucional invocou argumentos respaldados por uma *ideia* de proibição do excesso⁸⁶¹.

No acórdão do imposto extraordinário sobre o rendimento⁸⁶², o relator MARTINS DA FONSECA, em nome do Tribunal, escreveu que as imposições fiscais retroativas em causa não eram inconstitucionais: «existe uma proporcionalidade entre a necessidade actual, momentânea e provisória, de receitas extraordinárias e as medidas parlamentares impostas, também com carácter momentâneo e provisório. Daí dever falar-se em razoabilidade destas medidas e não em arbitrariedade. Destarte, a confiança dos cidadãos também não terá sido intoleravelmente atingida por elas». Todavia, esta ideia de proporcionalidade ou proibição do excesso é instrumental em relação à aplicação do princípio da (proteção da) confiança, tal como já construído pela Comissão Constitucional, pelo que não se pode ver aqui uma verdadeira aplicação do princípio clássico da proporcionalidade: a proporcionalidade da interferência é vista como um requisito exigido pelo princípio da proteção da confiança⁸⁶³.

A primeira referência às componentes do princípio da proibição do excesso enquanto princípio autónomo transparece no acórdão sobre inelegibilidades locais⁸⁶⁴, onde se fala de adequação, necessidade e proporção. Talvez se possa dizer que foi o primeiro acórdão do Tribunal Constitucional a referir-se a esses três conceitos com alguma intencionalidade⁸⁶⁵, não obstante a ausência de indícios da consciência dos significados ou do seu alcance. Por isso, aliás, o próprio sentido da decisão final (de inconstitucionalidade) é ambíguo. Por um lado, apurou-se que a lei

⁸⁶¹ Cfr. acórdãos n.º 11/83, M. Fonseca (imposto extraordinário sobre o rendimento) e n.º 25/84, C. Aroso (primeiro acórdão sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez).

⁸⁶² Acórdão n.º 11/83.

⁸⁶³ Esta orientação é recolhida da doutrina da Comissão Constitucional, citada pelo acórdão. No parecer n.º 14/82 escrevera-se: «(...) a retroactividade das leis fiscais será constitucionalmente legítima, quando semelhante retroactividade não for arbitrária ou opressiva e não envolver assim uma violação demasiado acentuada do princípio da confiança do contribuinte. Equivale isto a dizer — visualizada a questão de outro ângulo — que a retroactividade tritutária terá o beneplácito constitucional sempre que razões de interesse geral a reclamem e o encargo para o contribuinte se não mostrar desproporcionado — e mais ainda o terá se tal encargo aparecia aos olhos do contribuinte como verosímil ou mesmo como provável.»

⁸⁶⁴ Acórdão n.º 4/84, M. Diniz.

⁸⁶⁵ Temos de convir que as referências não eram totalmente estáveis no espírito do próprio relator, M. Diniz, como o comprova a sua declaração de voto no acórdão n.º 103/87 (restrições aos direitos de pessoal militarizado da PSP), onde alude a necessidade, exigibilidade e proporcionalidade.

estabelecia uma inelegibilidade *desproporcionada*, não existindo direito ou interesse constitucionalmente protegido que a justificasse. À primeira vista, portanto, parecia censurar-se a ausência de *fim legítimo* ou constitucionalmente admissível que justificasse a instituição daquela inelegibilidade. Mas, por outro lado, afirmava-se que não havia “necessidade do recurso a um meio tão gravoso e radical como é o da suspensão da capacidade eleitoral passiva”, bastando um sistema de impedimentos, o que denunciava um juízo de desnecessidade. Estas duas linhas de desenvolvimento eram resumidas na referência a uma ausência manifesta de justificação, adequação e proporção. Não obstante as deficiências, cruamente ampliadas pela potente lente de hoje, aplicada a uma imagem distorcida de 1984, este acórdão é uma peça histórica relevante, não apenas pela primeira referência aos três segmentos da proibição do excesso, mas também pelo primeiro indício de uma jurisprudência de *evidência*, que se tonaria persistente no devir do Tribunal. Uma clara demonstração da incipiente conceptualização é a que se retira do primeiro acórdão sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez⁸⁶⁶. Apesar dessa incipiência, e da profunda divisão entre os juízes, trata-se inegavelmente de um acórdão eminente. Dele decorrem, desde logo, várias indicações que, com mais ou menos consequência e efetividade, iriam marcar a atitude do Tribunal perante o legislador. Primeiro, porque aquele claramente adere a uma conceção da constituição como quadro ou parâmetro, no âmbito da qual o legislador dispõe de uma significativa margem de liberdade. Segundo, pela afirmação madrugadora de uma atitude de deferência perante o legislador. Sublinha-se que o Tribunal não possui competência técnica nos variados domínios do conhecimento, nem competência funcional, para emitir valorações ou para controlar os objetivos políticos do legislador quanto à sua correção e oportunidade. Também não para controlar os prognósticos do legislador quanto ao resultado futuro da sua obra. Terceiro, porque admite que o juiz constitucional só pode censurar juridicamente as valorações do legislador quando ele contraria manifestamente a ordem constitucional de valores, quando adote valorações inequivocamente refutáveis ou manifestamente erróneas. Quarto, porque alude a uma inédita - e porventura solitária - *presunção de constitucionalidade* das normas

⁸⁶⁶ Acórdão n.º 25/84.

na "constância de dúvidas insuperáveis, que o relator não pode inteiramente afastar".

Quanto à matéria - a despenalização do aborto terapêutico, eugénico e criminológico em certas circunstâncias -, o Tribunal entendeu que estava em causa uma colisão entre interesses ou valores da vida intrauterina do nascituro e da mãe, ambos constitucionalmente tutelados e fez pioneiras referências à ideia de concordância prática.

A utilização do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica como parâmetro de controlo torna-se comum nos anos seguintes, seja de forma explícita⁸⁶⁷, seja mais ou menos implicitamente⁸⁶⁸. Iniciam-se referências à sua base constitucional, invariavelmente localizada ou no artigo 18.º, n.º 2⁸⁶⁹ ou também no princípio de Estado de direito democrático, do artigo 2.º⁸⁷⁰. Não havia, contudo, uma decisão que desempenhasse ainda a função estruturante que outras desempenharam noutras jurisdições, como a *Apothekenurteil* (Alemanha, 1958) ou *Oakes* (Canadá, 1986).

2.2. Os acórdãos estruturantes

2.2.1. O acórdão n.º 103/87, sobre restrições aos direitos de pessoal da PSP

O acórdão de CARDOSO DA COSTA sobre restrições aos direitos do pessoal da PSP⁸⁷¹, poderia ter assumido essa função, não fora ter sido também (ou sobretudo) um dos

⁸⁶⁷ Acórdãos n.ºs 85/85, V. Moreira (segundo acórdão sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez), 230/85, L. N. Almeida (inelegibilidades em eleições locais), 282/86, V. Moreira (técnicos de contas), 325/86, C. Costa (detenção de possível extraditando), 342/86, M. Bento (aplicação de regras do Código Civil a associações sindicais), 7/87, M. Brito (normas do Código de Processo Penal), 35/87, M. Brito (inadmissibilidade de liberdade provisória).

⁸⁶⁸ Acórdão n.º 76/86, M. Diniz (o primeiro sobre a propriedade das farmácias).

⁸⁶⁹ Acórdãos n.ºs 85/85, V. Moreira (segundo acórdão sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez), 325/86, C. Costa (detenção de possível extraditando), 7/87, M. Brito (normas do Código de Processo Penal), 35/87, M. Brito (inadmissibilidade de liberdade provisória).

⁸⁷⁰ Acórdão n.º 282/86, V. Moreira (técnicos de contas).

⁸⁷¹ Este acórdão foi emitido poucos meses depois do canadiano *Oakes*, mas trata-se de uma coincidência, uma vez que nada os relaciona.

expoentes de uma orientação de fuga ao regime constitucional das restrições de direitos fundamentais. O acórdão ensaiou um (doutrinalmente improvável e inusual) compromisso entre as doutrinas dos limites imanentes⁸⁷², dos simples condicionamentos de direitos⁸⁷³ e da regulamentação de direitos⁸⁷⁴ e aplicações do princípio da proibição do excesso. Os nove votos de vencido (parciais), entre os quais o do próprio relator, em onze possíveis⁸⁷⁵, mostram que o compromisso não deixou praticamente nenhum dos juízes convencido.

O parâmetro da proibição do excesso foi usado na parte em que o Tribunal apreciou a constitucionalidade da extensão aos agentes da PSP (que o acórdão entendeu caberem na classe de militarizados) de restrições aos direitos de reunião, expressão, manifestação, associação, petição e de capacidade eleitoral passiva, previstos no artigo 270.º para militares e agentes militarizados. Por conseguinte, tratava-se de uma interferência em direitos para satisfazer fins de interesse público considerados pelo legislador como suficientemente ponderosos. No caso, a eficácia e disciplina das forças em que os agentes estão integrados. No aresto regista-se a primeira referência ao princípio da proibição do excesso como designação alternativa e equivalente a princípio da proporcionalidade em sentido amplo. São utilizadas indiferentemente, umas vezes em conjunto, outras isoladamente. Todavia, não se evita a oscilação terminológica: a certo passo retoma-se uma dicotomia, presente em acórdãos anteriores⁸⁷⁶ e muitas vezes repetida posteriormente,

⁸⁷² Acórdão n.º 103/87, sustentando a não aplicação de direitos constitucionais dos trabalhadores aos agentes da PSP: «o legislador, ao excluí-los quanto aos mesmos agentes, não está propriamente a estabelecer uma "restrição" (uma restrição "legislativa", sujeita ao condicionalismo do art. 18º da Constituição) do âmbito dos preceitos constitucionais correspondentes, mas simplesmente, em boa verdade, a transpô-la para o plano legislativo. Por outras palavras, e em suma: está-se no domínio, não das "restrições", e sim da chamada concretização ou explicitação dos "limites imanentes" dos direitos».

⁸⁷³ Acórdão n.º 103/87: "(...) não pode haver dúvida de que ao legislador (e, em particular, ao legislador parlamentar) é lícito "regulamentar" o exercício dos direitos, liberdades e garantias do catálogo constitucional, e, nomeadamente, definir os "condicionamentos" desse exercício: para tanto, não necessita ele de ser expressamente autorizado pela Constituição, ao contrário do que esta exige (art. 18º, nº 2) para as "restrições"».

⁸⁷⁴ Acórdão n.º 103/87, pronunciando-se sobre a exigência de recurso prévio à via hierárquica antes de queixa ao Provedor de Justiça: "a mesma não incorpora propriamente uma "restrição" ao direito, mas tão-só uma "regulamentação" do seu exercício."

⁸⁷⁵ As declarações de voto foram do relator e de Brito, Moreira, Mateus, Diniz, Bento, Afonso, Almeida e do Presidente A. M. Guedes. Algumas incidiram parcialmente sobre a aplicação do princípio.

⁸⁷⁶ Pelo menos, desde o acórdão n.º 230/85, de L. N. Almeida (inelegibilidades em eleições locais).

particularmente no campo do direito penal, entre necessidade e proporcionalidade⁸⁷⁷.

Além de identificar o artigo 18.º, n.º 2, como sede constitucional do princípio, deteta-o também, *de modo qualificado*, no artigo 270.º, que permite restrições apenas na *estrita medida* das exigências das funções próprias dos militares e militarizados. Mencionam-se três vertentes do princípio: *adequação* (da restrição do direito ao objetivo de salvaguardar um valor constitucional), *necessidade ou exigibilidade* (da restrição para atingir tal objetivo) e uma ideia de *proporcionalidade em sentido estrito* (o custo da restrição deve ser proporcionado ao benefício da proteção com ela obtida)⁸⁷⁸. BARBOSA DE MELO é invocado para considerar que a sujeição ao teste de proporcionalidade implica um juízo de ponderação global⁸⁷⁹. O Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade de vários segmentos normativos, num exercício de filigrana decisória, não identificando, todavia, o(s) segmento(s) da proibição do excesso violados. Todavia, a interpretação do acórdão revela que o Tribunal encontrou uma violação do segmento da necessidade: o legislador poderia ter optado por medidas alternativas menos restritivas que proporcionariam igual satisfação dos interesses públicos visados⁸⁸⁰. A concentração do esforço de escrutínio nesse segmento é, aliás, uma inclinação que não abandonou a jurisprudência posterior do Tribunal.

No que concernia ao princípio da proibição do excesso, o acórdão n.º 103/87 era suficientemente eloquente para ser uma referência de decisões futuras. Todavia, os arestos vindouros do Tribunal praticamente ignorariam a sua existência. Um bom comprovativo disso é o quase nulo número de citações remissivas em acórdãos

⁸⁷⁷ *Idem*, n.º 43.

⁸⁷⁸ *Idem*, n.º 17.

⁸⁷⁹ **Barbosa de Melo, *Notas de Contencioso Comunitário***, Coimbra, 1986.

⁸⁸⁰ As restrições seriam parcialmente excessivas ou desproporcionadas na medida em que: (i) abrangiam a proibição a agentes militarizados da PSP da convocação de reuniões não públicas de carácter político, bem como de usarem da palavra, fazerem parte da mesa, ou qualquer outra função, mesmo quando trajassem civilmente; (ii) proibiam aos referidos agentes o uso da palavra, de fazer parte da mesa, ou o exercício de outras funções em reuniões partidárias de carácter não público, mesmo trajando civilmente; (iii) proibiam a filiação política ou partidária e a participação em atividades não públicas; (iv) restringiam o direito de petição, dirigido aos órgãos de soberania, sobre assuntos políticos.

posteriores⁸⁸¹. O próprio CARDOSO DA COSTA, em arestos por ele relatados, não valoriza a doutrina fixada no seu acórdão⁸⁸², mesmo em casos de grande interesse para o estudo da visão do Tribunal sobre a proibição do excesso ou temas adjacentes⁸⁸³. O curso da jurisprudência prosseguiu, com gradual consolidação⁸⁸⁴ e crescente apuro técnico, porém sem beneficiar significativamente de alguma sistematização já alcançada no acórdão n.º 103/87.

2.2.2. O acórdão n.º 634/93, sobre criminalização de conduta de embarcadço

Contra o que poderia ser uma expectativa razoável, tendo em conta a típica dinâmica do Tribunal Constitucional português, aquela função estruturante viria a ser originalmente desempenhada por um acórdão proferido, em 1993, por uma das seções, no âmbito de um recurso de constitucionalidade, suscitado por um anódino caso concreto de condenação penal de embarcadço⁸⁸⁵. A fazer fé no número de ocasiões em que é usado como referência, citado e transcrito por acórdãos posteriores do próprio Tribunal, proferidos em vários tipos de processos⁸⁸⁶, este acórdão desempenha função estruturante dos aspetos essenciais da proibição do excesso, tal como seguida pelo juiz constitucional, semelhante às decisões já mencionadas de outras jurisdições.

⁸⁸¹ Algumas exceções são os acórdãos n.º 221/90, de Alves Correia, sobre um tema materialmente próximo (proibição de sindicatos da PSP) e n.º 254/99.

⁸⁸² Cfr. acórdãos n.ºs 455/87 (liberdade de organização das associações sindicais), 474/89 (inscrição de agente de seguros), 497/89 (obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Advogados).

⁸⁸³ Como, o acórdão n.º 99/88 (prazos de caducidade de ações de maternidade e paternidade).

⁸⁸⁴ Por exemplo, a primeira referência à violação do princípio da proporcionalidade na própria decisão consta do acórdão n.º 363/91, R. Mendes (objeção de consciência).

⁸⁸⁵ Acórdão n.º 634/93, L. N. Almeida (criminalização de conduta de embarcadço). Note-se que pouco depois (1995-1996) também o Tribunal Constitucional espanhol deu impulso significativo ao esclarecimento da estrutura do princípio da proporcionalidade: cfr. **Encarnación Roca Trias, Maria Angeles Ahumada Ruiz**, «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», texto apresentado em nome daquele Tribunal na Conferência trilateral dos Tribunais de Itália, Portugal e Espanha, em 2013, p. 9.

⁸⁸⁶ Além de outros acórdãos subsequentes do relator, citam o acórdão 634/93, sem esgotar, os acórdãos n.ºs 141/95, 527/95, 274/98, 108/99, 187/01, 200/01, 491/02, 88/04, 159/07, 632/08, 119/10, 187/13, 846/14, todos eles com aplicações relevantes da proporcionalidade.

Escrevendo pelo Tribunal, LUÍS NUNES DE ALMEIDA enfrentou a tarefa de clarificação da relação entre alguns princípios recorrentemente convocados no domínio penal, bem como da estrutura e da metódica da proporcionalidade.

Significativo é o registo sobre a relação entre princípio da proporcionalidade e princípio da subsidiariedade do direito penal (também dito princípio da máxima restrição das penas). O princípio da subsidiariedade do direito penal "não resulta expressamente das normas que correspondem à chamada 'constituição penal'", mas não é "mais do que uma aplicação, ao direito penal e à política criminal, dos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade". O princípio da subsidiariedade do direito penal "limita a intervenção da norma incriminadora aos casos em que não é possível, através de outros meios jurídicos, obter os fins pretendidos pelo legislador".

A afirmação de que o princípio da subsidiariedade do direito penal *é uma aplicação* do princípio da proporcionalidade está insuficientemente fundamentada, ficando por esclarecer quais as consequências estruturais, dogmáticas e metódicas daí decorrentes para cada um dos princípios. Aliás, essa afirmação é dificilmente conciliável com outra indicação que parece decorrer do acórdão - embora apenas implicitamente - que aponta para a diferente incidência dos dois: o princípio da subsidiariedade da lei penal respeita à questão *prévia* de saber se o legislador tem de adotar o *meio penal* para atingir certos fins, ou se pode atingir esses fins sem recurso à reação penal; o princípio da proporcionalidade concerne à questão de saber se o meio penal concretamente adotado é adequado, necessário e proporcional e.s.e. Nesta perspetiva, o primeiro aplica-se *a montante* do segundo, sendo *autónomo* em relação a ele e não um mero apêndice. Isso só não seria assim se fosse entendido que o princípio da proporcionalidade tem no domínio penal uma estrutura diferente da que tem noutros domínios, confundindo-se o princípio da subsidiariedade da lei penal com o segmento da proporcionalidade e.s.e., ou se se considerasse que o princípio da proporcionalidade inclui um segmento adicional logicamente anterior aos segmentos tradicionais, respeitante à subsidiariedade da lei penal. Como se verá de seguida, da conclusão ressalta, pelo menos, uma orientação ambígua sobre essa questão.

Especificamente sobre o princípio da proporcionalidade, depois de notar que não merece contestação desde a revisão de 1982⁸⁸⁷, reitera o respetivo desdobramento em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adotar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)⁸⁸⁸. São aperfeiçoados os conceitos constantes do acórdão de CARDOSO DA COSTA analisado nos parágrafos anteriores (todavia, sem o citar, o que pode indiciar a percepção de que eram consensuais independentemente dele).

Depois de uma rara (até àquele momento) apreciação, passo a passo, do cumprimento dos vários subprincípios, concluiu-se que «(...) ao tornar criminosa a conduta de um trabalhador de bordo cujas funções não estão directa e normalmente relacionadas com a segurança do navio, mas apenas têm a ver com a actividade económica através dele exercida, a norma em causa revela-se excessiva.» Apenas é discutível o enquadramento desse excesso nos subprincípios da proporcionalidade. Sobre as três componentes, o Tribunal diz que «é incontroverso que [a norma em apreciação] não viola a primeira, não é totalmente líquido que viole a segunda, é indiscutível que viola a proporcionalidade e.s.e.»⁸⁸⁹.

Esta síntese expõe um equívoco. Na realidade, o que o Tribunal censurou foi que se tivesse «tornado criminosa» uma conduta de trabalhadores que não merecia esse tipo de tratamento. Isto é, a opção pela reação criminal e não por outro tipo de meio era *manifestamente excessiva* (se quisermos utilizar as palavras do acórdão, que criticaremos abaixo). No contexto da própria doutrina do Tribunal havia violação do princípio da subsidiariedade da lei penal ou da *necessidade* da intervenção penal e não da proporcionalidade e.s.e. Note-se, porém, que mesmo sob esse ângulo não se

⁸⁸⁷ Acórdão n.º 634/93, n.º 6.

⁸⁸⁸ O acórdão cita **Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol 1º, p. 170. Em acórdãos posteriores, estas definições dos três subprincípios são recebidas sem alterações, mas a referência à sua origem doutrinal é suprimida.

⁸⁸⁹ Acórdão n.º 634/93.

pode criticar a decisão como sendo um desvio em relação ao reconhecimento pelo acórdão de uma ampla margem de conformação do legislador no que toca ao juízo de *necessidade* de intervenção penal⁸⁹⁰.

2.2.3. O acórdão n.º 187/01, segundo acórdão sobre a restrição da propriedade das farmácias

A tendência para a emissão periódica de acórdãos "doutrinários", que procuram sistematizar desenvolvimentos relativamente desconstruídos e superar algumas inconsistências, manteve-se. Não menosprezando a relevância de acórdãos promanados entre 1993 e 2001⁸⁹¹, o segundo acórdão sobre a restrição da propriedade das farmácias⁸⁹², acórdão n.º 187/01, relatado por PAULO MOTA PINTO, desempenhou essa função. Mais do que em qualquer outro, é patente a influência da jurisprudência alemã, revelada desde logo pela extensa citação da *Apothekenurteil* de 1958, com especial relevo para a *Stufentheorie* e para a acentuação da ideia de intensidade crescente da justificação: à luz da proporcionalidade, quanto mais intrusiva é a restrição, mais intensa deve ser a justificação⁸⁹³.

Circunscrevendo aqui a exposição ao que interessa para perceber a conceção subjacente do princípio da proporcionalidade (o acórdão usa também "princípio da proibição do excesso", com aspas), tratava-se de saber se o direito de propriedade, na "dimensão" específica de direito de acesso à propriedade ou de apropriação (de

⁸⁹⁰ Acórdão n.º 634/93: «(é) evidente que o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador, ao qual se há-de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade. A limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como *manifestamente excessiva*» (ênfase no original).

⁸⁹¹ Como os acórdãos n.º 758/95, de Luís Nunes de Almeida, sobre a participação de pequenos acionistas em assembleias gerais de bancos, que constitui um dos expoentes máximos do alargamento do âmbito de aplicação da proibição do excesso ou n.º 1182/96, de Sousa Brito, sobre violação do acesso à justiça, que visitaremos em vários trechos deste trabalho.

⁸⁹² Veja-se o contraste com o primeiro acórdão sobre a propriedade das farmácias, acórdão n.º 76/85 (M. Diniz), produzido numa fase ainda incipiente da receção do princípio. Naquele, o tema da proporcionalidade não tinha sido explicitamente debatido, tendo o Tribunal feito uma aplicação atípica e subliminar: limitou-se a elaborar sobre a *idoneidade* da solução legislativa, sem nunca referir o princípio da proporcionalidade. A certo passo há uma referência, sem consequências dogmáticas, no caso, ao dever do Estado de "assegurar o direito à protecção da saúde pública, disciplinando e controlando a produção, a comercialização e o uso dos produtos farmacêuticos".

⁸⁹³ *Idem*, n.º 10.

farmácias, no caso), era violado pela circunstância de só os farmacêuticos poderem ter acesso à propriedade de farmácias. Numa primeira etapa é feito um exercício em certa medida assimilável ao do acórdão n.º 103/87 (CARDOSO DA COSTA): o âmbito de proteção do direito de propriedade é objeto de uma interpretação *restritiva*, sendo invocados *limites imanentes e limites implícitos e explícitos* (embora sem qualificação expressa). Por outro lado, admite-se que o direito não é absoluto, podendo, por isso, ser objeto de restrições introduzidas pelo legislador. A essas restrições não é aplicável o regime dos direitos, liberdades e garantias, uma vez que se recusa que a "dimensão" em causa do direito de propriedade, isto é, o direito de acesso à propriedade, possa ser considerada análoga aos direitos, liberdades e garantias. Aplica-se, conseqüentemente, o regime dos direitos sociais. No entanto, concede-se - sendo essa uma das primeiras novidades - que o princípio da proporcionalidade é aplicável também à restrição de direitos sociais, por força do princípio do Estado de Direito. Não passa despercebida a frase tranquilizadora para quem pudesse duvidar da bondade da novidade doutrinal: não tem o Tribunal de se preocupar "com eventuais sentidos diversos do princípio, consoante esteja em causa a aferição da legitimidade constitucional de restrições a direitos, liberdades e garantias ou apenas a limitação a direitos económicos"⁸⁹⁴. Importa referir que esta postura tranquilizadora pode ser justificada por se tratar de uma limitação ou restrição de posições jurídicas subjetivas cuja estrutura admite a aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias.

Não obstante o ponto de partida jusfundamentalmente débil, o Tribunal realiza um relevante balanço sobre a jurisprudência da proporcionalidade⁸⁹⁵, em alguns casos reafirmando-a, noutros reformulando-a ou aperfeiçoando-a com contributos teóricos adicionais. À cabeça, o desdobramento analítico em três subprincípios subsiste e consolida-se⁸⁹⁶, sublinhando-se mais acentuadamente a perspetiva

⁸⁹⁴ *Idem*, n.º 14, parte final.

⁸⁹⁵ Particularmente, acórdãos n.ºs 634/93, 1182/96 e 484/00.

⁸⁹⁶ V. a seguinte transcrição: «o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).» Menciona-se a origem doutrinal das definições, sem especificar. Em acórdãos

meio/fim que presidiria à sua análise⁸⁹⁷. Consolida-se também a indicação de ordenação lógica na apreciação⁸⁹⁸: o que é necessário é obrigatoriamente adequado, mas a inversa não é verdadeira. São relevantes: (i) a coexistência entre proteção do conteúdo essencial do direito e princípio da proporcionalidade; (ii) a localização deste princípio no artigo 18.º, n.º 2, no respeitante às restrições de direitos, liberdades e garantias, ancorando-o, todavia, enquanto princípio geral da limitação do poder público, no princípio geral do Estado de direito; (iii) a aplicação do princípio às atividades do legislador e do administrador, mas com diferentes matizes (só parcelarmente especificados)⁸⁹⁹; (iv) a rejeição de uma única resposta certa⁹⁰⁰; (v) a abertura à possibilidade de as limitações (não se fala de restrições) aos direitos económicos estarem também vinculadas a exigências de proporcionalidade, nos termos referidos; (vi) o aprofundamento dos pilares de uma teoria geral da deferência para com o legislador ou da autolimitação judicial.

Este último aspeto merece atenção adicional. O acórdão parte de várias premissas: (i) a administração está vinculada à prossecução de finalidades pré-estabelecidas, enquanto o legislador pode determinar, dentro do quadro constitucional, a

posteriores essa origem doutrinal é omitida. Mantêm-se alguns aspetos menos autoevidentes, como, por exemplo, a referência à “salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos”, no âmbito da adequação, ou mais indefinidos como a questão de saber se a necessidade permite a escolha do meio mais satisfatório e mais interferente ou o alcance da proporcionalidade e.s.e.

⁸⁹⁷ Diferentemente, acórdão n.º 1182/96, S. Brito (violação do acesso à justiça), n.º 2.5.

⁸⁹⁸ Já decorrente, pelo menos, do acórdão n.º 1182/96: v. n.º 2.5.

⁸⁹⁹ Acórdão n.º 187/01, n.º 15 : «Não pode contestar-se que o princípio da proporcionalidade, mesmo que originariamente relevante sobretudo no domínio do controlo da actividade administrativa, se aplica igualmente ao legislador. Dir-se-á mesmo – como o comprova a própria jurisprudência deste Tribunal – que o princípio da proporcionalidade cobra no controlo da actividade do legislador um dos seus significados mais importantes. Isto não tolhe, porém, que as exigências decorrentes do princípio se configurem de forma diversa para a actividade administrativa e legislativa – que, portanto, o princípio, e a sua prática aplicação jurisdicional, tenham um alcance diverso para o Estado-Administrador e para o Estado-Legislator». V., também, acórdão n.º 200/01.

⁹⁰⁰ Acórdão n.º 187/01, n.º 15: «(...) não vale, evidentemente, o argumento de que, perante o caso concreto, e à luz do princípio da proporcionalidade, ou existe violação – e a decisão deve ser de inconstitucionalidade – ou não existe – e a norma é constitucionalmente conforme. Tal objecção, segundo a qual apenas poderia existir “uma resposta certa” do legislador, conduz a eliminar a liberdade de conformação legislativa, por lhe escapar o essencial: a própria averiguação jurisdicional da existência de uma inconstitucionalidade, por violação do princípio da proporcionalidade por uma determinada norma, depende justamente de se poder detectar um erro *manifesto* de apreciação da relação entre a medida e seus efeitos, pois aquém desse erro deve deixar-se na competência do legislador a avaliação de tal relação, social e economicamente complexa». A afirmação da liberdade de conformação do legislador e a concomitante rejeição da resposta única é persistentemente assumida pelo Tribunal: cfr. *infra*.

finalidade visada com uma medida legislativa⁹⁰¹; (ii) a determinação da relação entre uma medida, ou as suas alternativas, e o grau de consecução de um objetivo envolve, por vezes, avaliações *complexas*, no próprio plano empírico⁹⁰²; (iii) de tais avaliações complexas pode depender a resposta à questão de saber se uma medida é adequada à finalidade⁹⁰³; (iv) também a apreciação da exigibilidade ou necessidade pode não dispensar essa avaliação⁹⁰⁴; (v) deve reconhecer-se ao legislador – diversamente da administração –, legitimado para tomar as medidas em questão e determinar as suas finalidades, uma "prerrogativa de avaliação" ou um "crédito de confiança"⁹⁰⁵, na apreciação, por vezes difícil, da adequação da medida para atingir a intensidade de satisfação por ele próprio fixada⁹⁰⁶; vi) tal prerrogativa do legislador de definição dos objetivos e de avaliação é importante sobretudo em casos duvidosos, ou em que a relação medida-objetivo é social ou economicamente complexa e a objetividade dos juízos que se podem fazer (ou suas hipotéticas alternativas) difícil de estabelecer⁹⁰⁷; (vii) em casos destes, em princípio, o Tribunal não deve *substituir* uma sua avaliação da relação, social e economicamente complexa, entre o teor e os efeitos das medidas, à que é efetuada pelo legislador; (viii) as controvérsias geradoras de dúvida sobre tal relação não devem, salvo *erro manifesto* de apreciação – como é, designadamente (mas não só),

⁹⁰¹ *Idem*, n.º 15.

⁹⁰² *Idem*.

⁹⁰³ *Idem*.

⁹⁰⁴ *Idem*.

⁹⁰⁵ A expressão crédito de confiança (*Vertrauensvorsprung*) é inspirada em **Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II**, 14.ª ed., Heidelberg, 1998, pp. 282 e 287. O Tribunal usá-la-ia noutras ocasiões: v., por exemplo, acórdão n.º 159/07, n.º 14.

⁹⁰⁶ Parece ser esse o significado de uma frase do acórdão n.º 187/01 (n.º 15) cuja redação provoca dúvidas: "Ora, não pode deixar de reconhecer-se ao legislador – diversamente da administração –, legitimado para tomar as medidas em questão e determinar as suas finalidades, uma "prerrogativa de avaliação", como que um "crédito de confiança", na apreciação, por vezes difícil e complexa, das relações empíricas entre o estado que é criado através de uma determinada medida e aquele que dela resulta e que considera correspondente, em maior ou menor medida, à consecução dos objectivos visados com a medida (que, como se disse, dentro dos quadros constitucionais, ele próprio também pode definir)". Ter-se-á querido explicitar que competindo ao legislador definir o fim da medida legislativa e o grau ou intensidade de satisfação visado, também lhe deve caber uma "prerrogativa de avaliação" sobre se a medida é adequada para atingir essa intensidade de satisfação. No contexto da adequação, ao juiz constitucional compete apenas apreciar a capacidade intrínseca da medida para aproximar o fim visado e não a sua capacidade para atingir o fim com a intensidade pretendida pelo legislador.

⁹⁰⁷ *Idem*, n.º 15.

o caso de as medidas não serem sequer *compatíveis* com a finalidade prosseguida –, ser resolvidas contra a posição do legislador⁹⁰⁸.

Estas premissas serão frequentemente convocadas ao longo deste trabalho⁹⁰⁹, pela relevância que têm no momento em que se trate de resolver problemas de incerteza epistêmica.

Significativamente, apesar de toda a elaboração em torno do princípio globalmente considerado e das três “exigências” em que se desdobra a proporcionalidade, o escrutínio do Tribunal, no caso, incidiu quase exclusivamente sobre a *necessidade* da opção legislativa de restringir a propriedade de farmácias a farmacêuticos ou a sociedades de farmacêuticos, contrastada com aquilo que o Tribunal considerou ser a única alternativa que o princípio da proporcionalidade impunha que se comparasse, a propriedade livre, com mera entrega da direção técnica a farmacêuticos⁹¹⁰. Há referências repetidas à adequação, aparelhada com a necessidade, mas são inócuas. Em boa verdade, a extensa confrontação de argumentos andou exclusivamente em torno da questão de saber se a medida alternativa proporcionava uma satisfação igualmente intensa dos objetivos de interesse público enunciados : proteção da saúde pública, através da regulação da profissão de farmacêutico segundo o modelo da profissão liberal (desse modo servindo o interesse público da preparação, conservação e distribuição de medicamentos ao público, através da independência e plena consciencialização dos riscos pelo empresário). Acerca disso concluiu-se que não havia violação do segmento da necessidade.

O desenlace do acórdão revela e reforça dois padrões relevantes da jurisprudência da proibição do excesso.

Primeiro, a tendência do Tribunal para concentrar toda a energia do escrutínio no segmento da necessidade, secundarizando a adequação e fugindo as mais das vezes à ponderação inerente à proporcionalidade e.s.e. Concluindo-se pela não violação da necessidade, a metódica da proibição do excesso determinaria a passagem à apreciação da proporcionalidade e.s.e. No entanto, a ponderação entre os efeitos de

⁹⁰⁸ *Idem*, n.º 15.

⁹⁰⁹ Particularmente no capítulo 19, sobre extensão e alcance dos poderes do juiz constitucional.

⁹¹⁰ *Idem*, n.º 16.

interferência nos direitos afetados e os efeitos de satisfação da multiplicidade de fins visados pelo legislador foi omitida, sem explicação.

Segundo, a inclinação para uma versão *lata* da necessidade, admitindo implicitamente que a possibilidade de escolher a forma mais intensa de satisfação dos fins, em prejuízo de outras formas menos intensas, é uma faculdade do legislador⁹¹¹. Parte substancial do esforço argumentativo do acórdão é virado para a demonstração de que a intensidade de satisfação do fim (a expressão *mais intensa* é repetidamente utilizada) da opção adotada é maior do que a solução alternativa⁹¹². No caso, não só não há erro manifesto na escolha do meio como "[a] adequação e necessidade (...) afigura-se mesmo, não apenas razoável, como *evidente*"^{913/914}.

2.2.4. O acórdão n.º 632/08, sobre duração do período experimental

Depois do acórdão estudado no número anterior, o processo de gradual maturação e consolidação da posição do TC sobre o princípio prosseguiu. Outros acórdãos contribuíram para isso⁹¹⁵, alguns sem particular novidade, outros com alguma. Um dos que merece relevo é o acórdão n.º 632/08, sobre normas referentes a novos prazos de duração do período experimental, consagrados através de uma alteração ao Código de Trabalho submetida a fiscalização preventiva. Todavia, embora algumas precisões esboçadas, que trataremos de seguida, tenham interesse para a

⁹¹¹ *Idem*, n.º 17 e ss. É significativo que, neste caso específico, o Tribunal não tenha considerado viável recorrer à modalidade da necessidade ponderada. Sobre o conceito, v. *infra* capítulo 16.

⁹¹² V. n.ºs 17 a 25 do acórdão. Por exemplo, no n.º 23: «(...) pode, aliás, concluir-se que, se alguns destes objectivos (como o do controlo das concentrações) poderiam ser igualmente prosseguidos por outros meios, eventualmente menos gravosos, não deixa de ser certo poder razoavelmente supor-se que a solução legal permite *simultaneamente* assegurar mais facilmente, ou em medida *mais intensa*, os objectivos de saúde pública e de independência profissional referidos e estes outros, ligados à propriedade da farmácia.»

⁹¹³ *Idem* n.º 20.

⁹¹⁴ O acórdão n.º 187/01 tem sido objeto de algumas críticas. V., por todos, **Novais, As restrições...**, pp. 748-750.

⁹¹⁵ Parte desse processo de consolidação foi assegurado pelo próprio P.M. Pinto como relator, até à sua saída do Tribunal, na senda do acórdão que apresentámos: v., entre outros menos relevantes, acórdãos n.ºs 200/01 (emolumentos), 486/04 (restrição à ação de investigação da paternidade e da maternidade), 681/06 (impossibilidade de prova testemunhal).

doutrina da proibição do excesso, esse aresto releva primordialmente para outros temas que nos farão estudá-lo pormenorizadamente noutro passo deste capítulo.

Em relação à definição geral dos três subprincípios em que se desdobra analiticamente o princípio da proporcionalidade, proveniente da jurisprudência anterior⁹¹⁶, a relatora anunciava que deveriam ser acrescentadas, apenas, três precisões.

A primeira, relaciona-se com a relativa indefinição do terceiro teste, patente no acórdão n.º 643/93 (e em arestos mais remotos), mas parcialmente superada em outros acórdãos⁹¹⁷: na proporcionalidade e.s.e. (ou justa medida) mede-se «a relação *concretamente existente* entre a carga coativa decorrente da medida adotada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar»⁹¹⁸.

Para a segunda, vale a pena citar o próprio acórdão:

"A segunda precisão a acrescentar é relativa à ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma regra de precedência do mais abstracto perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia. Quer isto dizer, exactamente, o seguinte: o *teste* da proporcionalidade inicia-se logicamente com o recurso ao subprincípio da adequação. Nele, apenas se afere se um certo meio é, em abstracto e enquanto meio *típico*, idóneo ou apto para a realização de um certo fim. A formulação de um juízo negativo acerca da *adequação* prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros *testes*. No entanto, se se não concluir pela *inadequação* típica do meio ao fim, haverá em seguida que recorrer ao exame da *exigibilidade*, também conhecido por *necessidade de escolha do meio mais benigno*. É este um exame mais 'fino', ou mais próximo das especificidades do caso concreto: através dele se avalia a existência – ou inexistência –, na situação da vida, de várias possibilidades (igualmente idóneas) para a realização do fim pretendido, de forma a que se saiba se, *in*

⁹¹⁶ Referindo particularmente os acórdãos n.ºs 634/93 e 187/01.

⁹¹⁷ Acórdãos n.ºs 1182/96 e 187/01.

⁹¹⁸ Acórdão n.º 632/08, n.º 11. Embora utilizada de forma diferente, a noção de 'carga coativa' vem já do acórdão n.º 1182/96.

casu, foi escolhida, como devia, a possibilidade mais benigna ou menos onerosa para os particulares. Caso se chegue à conclusão de que tal não sucedeu – o que é sempre possível, já que pode haver medidas que, embora tidas por adequadas, se não venham a revelar no entanto *necessárias* ou *exigíveis* –, fica logicamente prejudicada a inevitabilidade de recurso ao último *teste* de proporcionalidade."⁹¹⁹

A terceira precisão reporta-se à liberdade de conformação do legislador, da qual decorre que o juízo de invalidade de uma medida legislativa só pode estribar-se no manifesto incumprimento dos deveres do legislador⁹²⁰. Frisa-se que esta indicação se aplica a qualquer um dos testes da proporcionalidade. Trata-se de uma adesão clara a um *critério de evidência*, aplicável aos três segmentos, sem especificação de nenhuma modulação.

Em boa verdade, nenhuma destas precisões era totalmente inovatória, embora não fossem irrelevantes. Designadamente a segunda precisão merece um sublinhado. Não obstante algum déficit argumentativo - por exemplo, não é oferecido qualquer desenvolvimento demonstrativo da natureza mais concreta da metódica da proporcionalidade e.s.e. - o Tribunal expressa de modo ineditamente assertivo que o modelo metódico da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso que vale é um modelo *cumulativo* e não *condensado*⁹²¹.

No que respeita à primeira e terceira precisões, o que se pode dizer é que são relevantes como teoria geral mas irrelevantes ou desmentidas no caso concreto em julgamento.

Dizer-se que a proporcionalidade e.s.e. incide sobre "a relação *concretamente existente* entre a carga coativa decorrente da medida adotada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar" era circunstancialmente irrelevante porque o acórdão não fez a apreciação da proporcionalidade e.s.e. Aliás, se aquela é a descrição rigorosa do que se pondera quando se aplica o teste da proporcionalidade e.s.e. (e não levantamos nenhuma objeção de fundo a tal descrição), no caso nem se poderia aplicar esse teste, dada a

⁹¹⁹ Acórdão n.º 632/08, n.º 11.

⁹²⁰ Acórdão n.º 632/08, n.º 11.

⁹²¹ Ou vertical e não horizontal, segundo outra terminologia possível. Sobre a distinção entre metódica cumulativa e condensada v. *supra* capítulo 2 e *infra*, capítulos 14 e 19.

ausência de um interesse público a ponderar. Como o acórdão bem explicitou, estava em causa uma colisão entre posições jurídicas subjetivas de trabalhadores e empregadores.

Por outro lado, apesar da reafirmação no próprio acórdão de que "o juízo de invalidade de uma certa medida legislativa, com fundamento em inobservância de qualquer um dos *testes* que compõem a proporcionalidade, se há-de estribar sempre em *manifesto incumprimento*, por parte do legislador, dos deveres que sobre ele impendem por força do princípio constitucional da *proibição do excesso*", a apreciação e a decisão do Tribunal *neste caso concreto* terão constituído uma das mais patentes materializações da orientação contrária. No caso, o Tribunal invalidou a norma não por ela *incumprir manifestamente* o teste da necessidade, mas sim por o legislador e o processo legislativo terem falhado a demonstração de que a opção alternativa (isto é, a manutenção da norma anteriormente em vigor) era *manifestamente insuficiente* para atingir os fins. Trata-se de uma significativa evolução da posição do Tribunal em relação à sua doutrina tradicional: nesta nova orientação se, por exemplo, ficar indiciado ou demonstrado que a medida anterior é duvidosamente suficiente, mas não ficar demonstrado com certeza que é *insuficiente* (ou talvez até manifestamente insuficiente), a *nova* opção do legislador é inválida. A, por vezes invocada, vantagem institucional do legislador em certas áreas – como é o caso da área laboral, particularmente quando as medidas resultam de concertação social – é pouco menos do que pulverizada.

Além dos aspetos que apreciaremos adiante, vale a pena sublinhar o relevo atribuído às apreciações empíricas em sede de fiscalização da proibição do excesso, particularmente no que toca à necessidade, segmento em torno do qual o Tribunal andou, tendo acabado por concluir pela sua violação. A questão sobre se é "necessário, ou exigível, que, nos contratos de duração indeterminada, os trabalhadores indiferenciados passem a ter um período experimental não só coincidente com o *dobro do tempo* [à época] vigente, mas ainda coincidente com o tempo de «prova» a que [estavam] sujeitos os trabalhadores especializados (...)" foi respondida negativamente, por razões empíricas. Estimou o Tribunal que "[p]ela própria natureza das coisas, a «prova» será tanto menos exigente quanto menos exigente for também, pela sua «qualidade» ou «especialização», o teor da prestação de trabalho: prestações menos qualificadas poderão ser testadas ou

«experimentadas» (tanto por empregador quanto por trabalhador) em menos tempo do que as outras, mais qualificadas”⁹²². Consequentemente, a justificação da sujeição desses trabalhadores a um período de experiência mais prolongado do que o então vigente – e coincidente com o de trabalhadores qualificados - teria de ser demonstrada, tendo em conta que constituía uma significativa interferência no seu direito à estabilidade. No entanto, “nenhum elemento [existia], nos antecedentes legislativos, que [permitisse], por um lado, identificar uma insuficiência manifesta dos prazos (...) em vigor e, por outro, uma justificação para o alargamento de 90 para 180 dias do prazo de período experimental aplicável nos contratos de trabalho dos trabalhadores indiferenciados.” Esta ausência de argumentos era substanciada quer pela omissão dos estudos técnicos, quer pela própria inconclusividade dos trabalhos parlamentares. Não sendo patente a insuficiência da solução legal em vigor para garantir o *equilíbrio* dos direitos em presença, entendeu-se que a norma legislativa não se compatibilizava com o teste da necessidade.

2.3. Os acórdãos da jurisprudência da crise (2011-2014)

Os acórdãos da denominada jurisprudência da crise⁹²³ a que daremos relevo, são os n.ºs 396/11, 353/12, 187/13, 474/13, 794/13, 862/13, 413/14 e 574/14, 575/14⁹²⁴. Não faltará matéria de interesse em outros deste período, mas a estes unem-nos os elos comuns da circunstância de crise que os acompanhou e da trilogia igualdade, proibição do excesso, confiança⁹²⁵, os parâmetros mais persistente e regularmente invocados pelos autores das iniciativas de fiscalização e mais empregues pelo Tribunal, algumas vezes por opção própria. Além do que o Tribunal libertou sobre a proporcionalidade clássica (e moderna) ou proibição do excesso, importa olhar para o que disse sobre o princípio da igualdade - por causa da

⁹²² Acórdão n.º 632/08.

⁹²³ A designação genérica de jurisprudência da crise generalizou-se consensualmente na doutrina: cfr. **Morais, Curso...**, II, 2, pp. 709 ss.

⁹²⁴ Sem prejuízo de se poder ir um pouco mais atrás, abrangendo acórdãos de 2010: **Morais, Curso...**, II, 2, p. 712.

⁹²⁵ Cfr. o nosso «Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança...», *cit.*

"igualdade-proporcional" - e sobre o princípio da proteção da confiança - por causa da componente de proporcionalidade que lhe é atribuída.

2.3.1. A proibição do excesso na crise

Como veremos nos números seguintes, o Tribunal Constitucional mostrou uma persistente inclinação para o recurso aos princípios da igualdade e da proteção da confiança como parâmetros de escrutínio dos chamados "cortes" de pensões e de salários, bem como de algumas prestações sociais, condimentados com referências relativamente assistemáticas a uma ideia de proporcionalidade clássica ou proibição do excesso. Mas, salvo raras exceções⁹²⁶, evitou aplicar abertamente o princípio da proibição do excesso enquanto tal, não obstante a sua reiterada invocação pelos mais variados requerentes.

Essa opção, particularmente quando estão em causa "cortes" de pensões, contrasta com o que tem ocorrido noutros ordenamentos jurídicos. Por exemplo, em várias ocasiões o TEDH considerou contrárias à Convenção Europeia dos Direitos do Homem normas de direito interno que reduziam montantes de pensões, por violação do princípio da proporcionalidade⁹²⁷, inclusive em casos respeitantes a Portugal⁹²⁸. O parâmetro invocado tem sido o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção, sobre proteção da propriedade⁹²⁹.

Esta orientação tem sido expressamente rejeitada pelo Tribunal Constitucional, argumentando que no caso português existe uma disposição constitucional

⁹²⁶ V., por exemplo, acórdão n.º 187/13 (Carlos Cadilha), a propósito do artigo 117.º, n.º 1, da Lei do Orçamento de Estado de 2014.

⁹²⁷ V. **Georges Katrougalos / Daphné Akoumianaki**, «L'application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux», pp. 1394 ss.

⁹²⁸ V. a decisão do TEDH no caso *Mateus e Januário vs. Portugal*, 2.ª secção, de 8 de Outubro de 2013, acessível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{\"itemid\":\[\"001-128106\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{\) O Tribunal apreciou a redução dos 13.º e 14.º meses de pensões (subsídios de férias e natal) efetuada pela LOE de 2012. Sobre as possíveis implicações da vigência do princípio da proporcionalidade no âmbito da DEDH nos ordenamentos dos Estados signatários, v. *supra*, capítulo 2.

⁹²⁹ Na decisão citada na nota anterior o TEDH entendeu que se um Estado vinculado à Convenção "tem em vigor legislação assegurando o pagamento de uma pensão - esteja ou não condicionada ao prévio pagamento de contribuições -, essa legislação tem de ser vista como geradora de um interesse de propriedade que recai no âmbito do artigo 1.º do Protocolo n.º 1".

específica que cobre o direito à pensão, o artigo 63.º, não sendo necessário recorrer à via mais tortuosa do direito de propriedade⁹³⁰. Porém, a argumentação do Tribunal corre o risco do paradoxo de o direito à pensão ter garantia menor em Portugal, onde tem assento constitucional direto, do que em outros ordenamentos onde só se chega à sua garantia por vias indiretas.

Ora, mesmo que a rejeição do enquadramento jusfundamental do direito de propriedade seja admissível (o que é discutível, pelo menos quando estão em causa algumas dimensões ou manifestações do direito à pensão), isso não compromete a plena aplicação do princípio da proporcionalidade. Ainda que com escassa elaboração teórica, mesmo quando há declaração de inconstitucionalidade⁹³¹, o Tribunal Constitucional já se distanciou da visão clássica⁹³² que entende que o conceito de restrição apenas se compagina com os chamados direitos de liberdade, de defesa ou negativos, não sendo adaptável aos direitos sociais⁹³³. Essa reorientação permite-lhe aproximar-se da doutrina que advoga a plena aplicabilidade do princípio da proporcionalidade a intervenções legislativas que restrinjam o nível de concretização do direito social já atingido⁹³⁴.

Como direito social⁹³⁵, o direito à pensão de aposentação tem um âmbito de *proteção mínimo*, nuclear ou essencial (tendencialmente mais reduzido que o dos direitos de liberdade⁹³⁶), que não pode ser objeto de restrição. É objeto de normas

⁹³⁰ V., por último, acórdão n.º 187/13, n.º 64.

⁹³¹ V. o caso típico do acórdão n.º 67/07.

⁹³² Casos de aplicação do princípio à restrição de direitos sociais: acórdãos n.ºs 88/04; 67/07 e 221/09; acórdão n.º 512/08. V. a apreciação em **Novais, *Direitos Sociais...***, pp. 390 ss. Por exemplo, acórdão n.º 221/09, sobre a possibilidade de o legislador exigir a demonstração da titularidade de cartão de utente do SNS, sob pena de pagamento dos encargos com a assistência médica: "(...) nada parece, também, obstar a que o controlo das soluções legislativas incidentes sobre direitos sociais se efectue por via da aplicação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade em sentido estrito". Registando também esta evolução, **Machete / Violante**, «O princípio da Proporcionalidade ...», p. 8. Na doutrina v. ainda **Otero, *Direito Constitucional...***, p. 104.

⁹³³ Sublinhando que esta é a posição tradicional da doutrina e da jurisprudência **Katrougalos / Akoumianaki**, «L'application du principe de proportionnalité...», p. 1382.

⁹³⁴ V. **Miranda, *Manual...***, IV, 5.ª ed., pp. 485 ss., incluindo uma recensão completa das diferentes posições doutrinárias (embora focado na questão da existência ou não de um princípio de proibição do retrocesso); **Novais, *Direitos...***, esp. pp. 243 ss.; **Canotilho/Moreira, *Fundamentos da Constituição***, p. 131.

⁹³⁵ Sem embargo de algumas das dimensões do direito à pensão de aposentação terem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. No acórdão n.º 187/13 o Tribunal identifica uma delas: *o direito à contagem do tempo de serviço* para efeitos de aposentação.

⁹³⁶ V. acórdão n.º 3/10, n.º 2.

impositivas *categóricas* ou *absolutas*. Este âmbito de proteção mínimo (traduzido na garantia das posições jurídicas subjetivas necessárias à garantia de condições mínimas de subsistência condigna) pode estar garantido diretamente pela Constituição ou ser objeto de concretizações legislativas. Em qualquer dos casos é "resistente ao legislador"⁹³⁷: a fonte formal ou o modo como a proteção mínima é materializada não é relevante para a aferição da sua capacidade de resistência perante o legislador.

Do âmbito de proteção mínimo distingue-se o (mais extenso) âmbito de *proteção ideal*. Este, naquilo que exceda o conteúdo mínimo, além de estar em regra coberto por um alto grau de indeterminação, está também sujeito a uma ampla margem de livre conformação do legislador⁹³⁸. Abrangidos por essa margem estão os requisitos para se adquirir o direito à pensão, as regras de cálculo e a quantia efetiva a receber, as quais, de acordo com o Tribunal Constitucional, não são objeto de posições jurídicas subjetivas tuteladas por um direito fundamental⁹³⁹. Por isso, embora o direito à pensão tenha tutela jusfundamental, o direito a um valor concreto de pensão tem um valor apenas infraconstitucional, podendo a lei reduzir esse montante⁹⁴⁰. Os particulares têm direito à pensão e ao montante da pensão, tal como legalmente definido, mas não têm o *direito à não redução* legislativa do montante da pensão. Pode discutir-se se a concretização *legislativa* dos direitos sociais é ou não um *prolongamento* do direito social, conservando esta natureza jusfundamental independentemente da forma como é materializado. Não podemos desenvolver essa questão aqui⁹⁴¹, até porque ela é, em boa medida, irrelevante para a aplicação do princípio da proibição do excesso no âmbito das restrições às prestações derivadas da materialização de direitos sociais: entenda-se que estes têm sempre valor constitucional, mesmo quando são objeto de intensa conformação legislativa, ou que têm uma dupla face de Janus, em parte constitucional, em parte

⁹³⁷ *Idem.*

⁹³⁸ *Idem.*

⁹³⁹ Acórdão n.º 187/13, n.º 59.

⁹⁴⁰ *Idem.* n.º 60.

⁹⁴¹ Essa discussão é exaustivamente realizada por **Novais, Direitos...**, em termos que de um modo geral subscrevemos.

infraconstitucional, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em termos gerais, não sofre alterações.

Porém, a constitucionalidade do "corte" de pensões à luz do princípio da proibição do excesso *proprio sensu* tem sido um assunto que o Tribunal tem decidido não apreciar, em forte contraste com o crescente protagonismo que àquele princípio tem sido conferido em muitos outros domínios da jurisprudência constitucional mais recente.

2.3.2. A igualdade proporcional na crise

O princípio da igualdade tem um historial longo na jurisprudência constitucional (desde a Comissão Constitucional⁹⁴²), que não podemos abarcar neste trabalho. A doutrina da igualdade proporcional teve o seu primeiro afloramento no acórdão n.º 39/88⁹⁴³. No contexto da jurisprudência da crise teve afloramentos vários, avultando os dos acórdãos n.ºs 353/2012 e 187/2013, mas não no acórdão n.º 396/11.

2.3.2.1. Acórdão n.º 396/11

Apesar de funcionar como uma espécie de *alter ego* dos acórdãos n.ºs 353/12 e 187/13, o acórdão n.º 396/11 tem interesse limitado e é aqui trazido apenas para marcar o contraste. O Tribunal entendeu que, não existindo um direito constitucionalmente protegido à *irreduzibilidade dos salários* e não estando em

⁹⁴² Ver um exaustivo elenco de pareceres em **Maria da Glória Garcia**, *Estudos...*, p. 30.

⁹⁴³ Através de uma frase relativamente anódina, com citação de um trabalho de **Rui Alarcão**, de 1972: "O princípio da igualdade é um corolário da igual dignidade de todas as pessoas, sobre a qual gira, como em seu gonzo, o Estado de Direito democrático (cf. artigos 1º e 2º da Constituição). A igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado: a justiça, como princípio objectivo, «reconduz-se na sua essência, a uma ideia de igualdade, no sentido de proporcionalidade» acentua Rui de Alarcão (Introdução ao Estudo do Direito, Coimbra, lições policopiadas de 1972, p. 29)". Com o mesmo sentido, o acórdão n.º 349/91 cita **Manuel de Andrade** («Sentido e Valor da Jurisprudência», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, separata do vol. xlviii [1972], p. 14), quando ensinava que a ideia de justiça se reconduziria «a um princípio de *igualdade* no sentido de *proporcionalidade*».

causa a afetação do direito a um *mínimo salarial*, as reduções salariais dos trabalhadores do setor público afetados só poderiam ser apreciadas à luz dos princípios da proteção da confiança (v. *infra*) e da igualdade. Todavia, nenhum deles foi considerado infringido. No caso particular do princípio da igualdade, o Tribunal manteve-se fiel à sua orientação mais conservadora de aplicar a versão fraca ou de proibição do arbítrio⁹⁴⁴. Embora tenha realizado uma investigação relativamente exaustiva *do contexto da decisão legislativa*, nenhuma ponderação das razões de diferenciação e da intensidade e extensão da diferenciação foi realizada. Indiciando um critério de *igualdade como proibição do arbítrio*, o Tribunal concluiu que, tendo em vista o fim da norma, não era arbitrária a diferenciação dos que recebem por verbas públicas e estão especificamente vinculados à prossecução do interesse público, não sendo injustificado o tratamento desigual dessa categoria⁹⁴⁵.

Ao invés, nos acórdãos n.ºs 353/12 e 187/13 o Tribunal apreciou e declarou a inconstitucionalidade de alguns "cortes" de pensões e de salários⁹⁴⁶. O fundamento basilar foi a violação do princípio da igualdade, tal como consta do dispositivo da decisão. Porém, analisada a fundamentação de cada um dos acórdãos, conclui-se que o Tribunal não se ficou pela aplicação da versão fraca do princípio da igualdade.

2.3.2.2. Acórdão n.º 353/12

Os ingredientes fundamentais da versão forte avultam com maior ou menor clareza do acórdão n.º 353/12⁹⁴⁷: (i) a avaliação comparativa da diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos pela norma legislativa e para os que não o são; (ii) a definição da extensão, peso ou dimensão da diferença entre uns e outros e seu impacto na categoria que é destinatária da norma; (iii) a distinção conceitual entre *razões da diferenciação* (no caso, designadamente, a especial eficácia das

⁹⁴⁴ Cfr., sobre esta noção, *infra*, capítulo 27. Com interpretação diferente, v. **Pereira**, «Igualdade...», p. 334. A versão proibição do arbítrio seria confirmada pelo acórdão n.º 187/2013, na parte em que se pronunciou sobre a redução salarial mantida em 2013 tal como vinha já do Orçamento de Estado de 2011.

⁹⁴⁵ V. a parte derradeira da fundamentação do acórdão n.º 396/11, imediatamente antes da decisão.

⁹⁴⁶ Para uma exposição sintética dos aspetos essenciais, **Pereira**, «Igualdade...», pp. 335 ss.

⁹⁴⁷ Coincidentemente, **Pereira**, «Igualdade...», pp. 338 ss. Na exposição subsequente reportar-nos-emos ao ponto n.º 5 do acórdão, sendo daí retiradas as citações e a doutrina expendida no texto.

medidas que atingem especificamente as pessoas que auferem rendimentos através de verbas públicas) e *fin* da norma (a consolidação orçamental); (iv) a avaliação de todo o contexto que dá sentido à finalidade prosseguida pelo legislador (a situação de emergência financeira); (v) a operação de ponderação entre a extensão da diferença de tratamento entre os componentes do par comparativo e o peso das razões que a justificam; (vi) a definição de uma lei da ponderação de tipo *alexiano*, nos termos da qual "quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para satisfação de interesses públicos maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios".

Esta clareza metodológica e analítica é, todavia, obscurecida por algumas opções semânticas e pela ambiguidade que não poucas vezes acompanha a aplicação da versão forte do princípio da igualdade. Assim, quer a circunstância de o Tribunal usar o *nomen* "igualdade proporcional", quer a afirmação de que a "igualdade jurídica é sempre igualdade proporcional", quer ainda a referência aos "limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional", suscitam dúvidas sobre se o Tribunal entende que só há *uma* versão da estrutura do princípio da igualdade⁹⁴⁸ (sendo a adotada no acórdão n.º 396/2011 *exatamente* a mesma que a deste acórdão de 2012) e sobre qual a relação da igualdade proporcional com o princípio da proibição do excesso. Sobre o segundo ponto, as diversas interpretações que correm a propósito da *neue Formel* do *BVerfG* no seio da doutrina alemã⁹⁴⁹ poderiam valer no contexto da doutrina nacional. Oportunamente apresentaremos os argumentos a favor de uma clara separação dogmático-estrutural entre os dois princípios. Essa separação beneficiaria em clareza se o Tribunal, por exemplo, expurgasse do contexto da *avaliação do cumprimento do princípio da igualdade* aspetos que dizem estritamente respeito a outro princípio autónomo. Por exemplo, o juízo sobre se haveria a possibilidade de o legislador

⁹⁴⁸ Implicitamente, parece ser essa a posição de **Machete/Violante**, «O Princípio...», p. 74, quando escrevem que "desde o início da sua jurisprudência sobre o princípio da igualdade que o Tribunal Constitucional associa aquele princípio com a ideia de proibição do excesso". E continuam: "ao interpretar o artigo 13.º, n.º 1, da Constituição como *proibição do arbítrio*, o Tribunal considerou estar em causa nesse preceito a proibição de medidas manifestamente *desproporcionadas* ou *inadequadas*, por um lado, à ordem constitucional dos valores e, por outro, à situação fáctica a regulamentar ou à questão a decidir. Posteriormente, essa associação é reforçada pela adoção pelo Tribunal Constitucional também da «nova fórmula» do *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfGE* 55, 72 [88]) no Acórdão n.º 330/93" (ênfase no original).

⁹⁴⁹ Cfr. *infra*, capítulo 27.

recorrer a "soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (...), quer pelo lado da receita (...)" é um juízo que quadra com o segmento da necessidade do princípio da proporcionalidade e que não quadra com a estrutura do princípio da igualdade. A circunstância de haver medidas alternativas "menos onerosas" ou (adaptando à teleologia do princípio da igualdade) "menos diferenciadoras", ou "não diferenciadoras de todo", não diz nada sobre o cumprimento ou incumprimento do princípio da igualdade pela norma legislativa. Uma medida alternativa não diferenciadora ou menos profundamente diferenciadora pode, ela também, violar o princípio da igualdade e até violá-lo mais intensamente. Nos termos desse princípio, uma medida não diferenciadora ou pouco diferenciadora pode infringi-lo se, no caso, houver diferenças que determinem o tratamento desigual. Por isso, tentar incorporar na estrutura dogmática do princípio da igualdade algo semelhante ao segmento da necessidade é misturar dois planos normativos - o da igualdade e o da proporcionalidade - que ganham em ser separados com nitidez.

O acórdão n.º 353/12 é relevante por outro motivo atinente à relação entre os princípios da igualdade e da proporcionalidade moderna. O Tribunal Constitucional decidiu limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, determinando que eles não se aplicassem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou prestações equivalentes, de 2012. Trata-se de uma decisão de provimento fictício⁹⁵⁰, com natureza *materialmente legislativa*. Por isso, essa decisão está, ela própria, sujeita ao princípio da proporcionalidade. O TC, quando produz estas decisões ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, está obrigado a um juízo de proporcionalidade⁹⁵¹. No caso do acórdão em apreciação, o Tribunal teria de verificar se o sacrifício do princípio da igualdade e das posições jurídicas subjetivas a que ele dava concretamente abrigo é adequado, necessário e proporcional e.s.e. ao interesse público de excecional relevo que justifica a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A proporcionalidade, pelo menos neste

⁹⁵⁰ É a designação que propomos desde o nosso *Introdução às decisões de provimento...*, pp. 100 ss.; *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, pp. 203 ss.

⁹⁵¹ V. as posições antes citadas de **Medeiros**, *A decisão...*, pp. 716 ss. e de **Miranda**, *Manual...*, IV, 5.ª ed., p. 306.

contexto, funciona como instrumento de ponderação de afetações do princípio da igualdade motivadas pela prossecução de interesses públicos de excecional relevo.

2.3.2.3. Acórdão n.º 187/13

O Tribunal começou por considerar que a existência de um fim de interesse público com cuja prossecução as medidas possam ser funcionalmente relacionadas exclui a possibilidade de as considerar arbitrárias. No caso, o fim de correção do desequilíbrio orçamental está funcionalmente ligado à redução da despesa. E um dos modos de reduzir a despesa é a redução de salários das pessoas que auferem rendimentos pagos por verbas públicas. Sendo assim, há razão justificativa e critério razoável ou racionalmente credenciável (“não é patentemente desrazoável”⁹⁵²) para o legislador tratar a situação destas pessoas de forma diferente em relação à de outras pessoas que, nos termos desse critério, estejam em situação diferente⁹⁵³. No contexto de uma versão de simples proibição do arbítrio, sujeita a um controlo de baixa intensidade, esta conclusão seria suficiente para viabilizar a norma legislativa à luz do princípio da igualdade.

No entanto, o Tribunal entendeu que o princípio da igualdade “exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferenciar, o tratamento diferenciado assim imposto seja proporcionado”, havendo que efetuar, então, um juízo de proporcionalidade⁹⁵⁴. Este juízo de proporcionalidade é “bidirecional”: (i) por uma lado, aprecia se o meio (medida diferenciadora) é proporcional em relação à finalidade, isto é, se é “necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar⁹⁵⁵”; (ii) por outro lado, aprecia a “medida da diferença verificada existir entre o grupo dos destinatários da norma diferenciadora

⁹⁵² Acórdão n.º 187/13, n.º 35.

⁹⁵³ *Idem*, n.º 65 e ss., o Tribunal invocou *mutatis mutandis*, por maioria de razão, a fundamentação que se resume a seguir também para a declaração da inconstitucionalidade da suspensão de parte do subsídio de férias aos pensionistas no Orçamento de Estado de 2013, por violação do princípio da igualdade (proporcional): cfr. n.º 69.

⁹⁵⁴ *Idem*, n.º 36.

⁹⁵⁵ Acórdão n.º 187/13, n.º 37.

e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação”, “do ponto de vista daquela finalidade, entre uns, outros e o Estado”⁹⁵⁶.

Mais uma vez, tal como no acórdão analisado no número anterior, este trecho alimenta a dúvida sobre se o Tribunal entende que *só há uma versão estrutural* do princípio da igualdade, dando como definitivamente superada a versão proibição do arbítrio. E, também mais uma vez, alude-se à comparação com as medidas alternativas disponíveis^{957/958} e utiliza-se irrestritamente a linguagem da *proporcionalidade* e da proibição do *excesso*⁹⁵⁹, aludindo-se, designadamente, à obrigação de as medidas diferenciadoras e o grau de diferenciação por elas imposto serem adequados, necessários e não excessivos do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar⁹⁶⁰.

Desse modo, ficam abertas todas as portas sobre a relação entre princípio da igualdade e princípio da proporcionalidade: (i) a proporcionalidade é um simples componente da aferição da razoabilidade da diferenciação (ao modo de alguma das versões integracionistas surgidas a propósito da *neue Formel* alemã⁹⁶¹); ou (ii) os dois juízos são autónomos e, quando conjugados, geram um *tertio genus* com identidade própria, misto de igualdade e proporcionalidade; ou (iii) o juízo sobre a razoabilidade da diferenciação é um *pressuposto* do juízo de proporcionalidade. Sem embargo, deste acórdão parece resultar, mais marcadamente do que dos anteriores, a adesão a uma linha *totalmente integradora da proporcionalidade*, na medida em que não se esboça sequer uma fórmula adaptativa dos segmentos da proporcionalidade.

Não obstante as ambiguidades, é inequívoco que o Tribunal aplica uma *versão forte* do princípio da igualdade, corretamente materializada através de uma operação de ponderação do peso, grau ou intensidade da diferenciação introduzida entre os

⁹⁵⁶ Acórdão n.º 187/13, n.ºs 36, 37.

⁹⁵⁷ *Idem*, n.º 37.

⁹⁵⁸ Todavia, diferentemente do que sugere **Pereira**, «Igualdade...», p. 355, não merece reparo que o Tribunal tenha também considerado na operação de ponderação o agravamento da carga fiscal, embora esta abranja os dois grupos do par comparativo. Na verdade, esse elemento adicional, na medida em se agrega às reduções salariais dos trabalhadores com funções públicas, faz com que a diferenciação em si produza um impacto mais do que proporcional sobre esse grupo.

⁹⁵⁹ Acórdão n.º 187/13, n.º 36.

⁹⁶⁰ *Idem*, n.º 37.

⁹⁶¹ *V. infra*, capítulo 27.

componentes do par comparativo e do peso das razões justificativas dessa diferenciação (parecendo ter sido decisivo o juízo de que a força ou peso destas razões tem vindo a diminuir ao longo dos exercícios orçamentais), tendo como pano de fundo o contexto e o fim prosseguido pela norma. Porém, essa operação de ponderação é estruturalmente diversa daquela que é efetuada no contexto do princípio da proporcionalidade. Por isso, o uso da linguagem da proporcionalidade, além de impróprio, arrisca obscurecer em vez de contribuir para a indiscutibilidade da fundamentação das decisões do juiz constitucional.

2.3.2.4. A "fuga" à igualdade (proporcional, ou outra) no acórdão n.º 862/13

Não obstante o investimento quase exclusivo numa versão forte do princípio da igualdade nos acórdãos anteriormente analisados, o Tribunal parece ter infletido na sua "estratégia" jurisprudencial ainda em 2013. No acórdão n.º 862/13 o núcleo central da fundamentação foi direcionado para a demonstração de que a medida em causa (redução ou recálculo de pensões já atribuídas no âmbito do sistema da Caixa Geral de Aposentações) claudicava por atingir apenas uma das componentes do *sistema público global* de pensões⁹⁶² e não todas as componentes, sobrecarregando, portanto, apenas o grupo de pensionistas pagos através do sistema da Caixa Geral de Aposentações e não todos os pensionistas pagos por verbas públicas, como o Tribunal entende que deveria ocorrer⁹⁶³. Trata-se, portanto, de uma situação em que *prima facie* está em causa, antes do mais, a violação do princípio da igualdade. A argumentação do Tribunal (que seguiu uma linha não antecipável, tendo em conta a jurisprudência anterior sobre o tema do "corte" de pensões) poderia ter desembocado na conclusão de que a diferenciação entre os pensionistas provenientes do setor público, com pensões pagas pela Caixa Geral de Aposentações e os pensionistas do regime geral, com pensões pagas pela Segurança Social, não tem sustentação face ao princípio da igualdade. Contudo, o Tribunal preferiu concentrar-

⁹⁶² V. acórdão n.º 862/13, n.º 42 e outros locais.

⁹⁶³ Na jurisprudência recente, coteje-se este com o acórdão n.º 575/14.

se na "norma parâmetro" do princípio da proteção da confiança⁹⁶⁴, preterindo por inteiro, desta feita, o princípio da igualdade e continuando a ignorar o princípio da proporcionalidade⁹⁶⁵.

2.3.3. A proteção da confiança na crise

Além de outras razões que realçámos no número anterior, o acórdão n.º 862/13 é doutrinariamente interessante por ter culminado um processo de configuração de uma nova fórmula *mais* do princípio da proteção da confiança. Na verdade, ficou claro que, em certas circunstâncias, aos requisitos de fórmulas anteriores teria de ser aditado um outro: a inclusão de *soluções gradualistas*, através de regimes de transição. Mesmo que o bem, interesse ou valor prosseguido tenha maior peso, a implementação da solução deve ser feita de forma gradual e diferida no tempo⁹⁶⁶. Essa exigência já transparecia em decisões anteriores⁹⁶⁷, mas adquiriu naquele acórdão contornos mais precisos e consequentes, operando como fundamento específico de uma pronúncia de inconstitucionalidade⁹⁶⁸. Voltaremos a tema no

⁹⁶⁴ Não obstante, a semântica da igualdade (ou da igualdade proporcional: cfr. n.º 45) transparece em numerosos trechos do acórdão. Por exemplo: "[c]onsequentemente, é a proteção da confiança de certos pensionistas - aqueles que são afetados - que tem de ser considerada e *confrontada com a posição dos demais pensionistas*" (n.º 38); "não podem sacrificar-se exclusivamente os direitos dos pensionistas da CGA em função das invocadas razões de consolidação orçamental, já que é legítimo que os pensionistas de qualquer um desses dois regimes se considerem titulares de um direito à pensão com igual consistência jurídica" (n.º 39); "não poderão ser só [os beneficiários atuais do regime da Caixa] a suportar a diferença a pretexto da necessidade da reposição da igualdade" (n.º 41); "(...) não se pode obter uma solução globalmente justa através de um critério *nominalmente igualitário* (...)" (n.º 42). As ênfases foram aditadas. V. o reparo idêntico em relação ao acórdão n.º 575/14, de **Morais, Curso...**, II, 2, p. 730.

⁹⁶⁵ Neste caso, todavia, com apreciação crítica das juízes Maria de Fátima Mata-Mouros e Maria José Rangel de Mesquita, expressa em declaração de voto.

⁹⁶⁶ Acórdão n.º 862/13, n.º 44: "[M]esmo medidas susceptíveis de satisfazer adequadamente os interesses públicos apontados exigiriam sempre, para uma *justa conciliação* com as expectativas dos afectados, *soluções gradualistas* que atenuam o impacto das medidas sacrificiais, pois a sua aplicação abrupta, repentina e de forma inesperada, ultrapassa a medida de sacrifício que o valor jurídico da confiança jurídica pode tolerar."

⁹⁶⁷ V., por exemplo, acórdão n.º 188/09, onde não estavam em causa "direitos adquiridos" mas meros direitos em formação, "relativamente aos quais o legislador apenas estava vinculado a estabelecer um *regime transitório* que, com respeito pelo princípio da proporcionalidade, permitisse relevar os períodos contributivos cumpridos ao abrigo da legislação anterior" (n.º 4); também acórdão n.º 3/2010. Na doutrina, v. **João Carlos Loureiro**, «Proteger é preciso...», p. 378.

⁹⁶⁸ A circunstância de a medida legislativa ter efeitos imediatos, sem regime transitória, parece ter sido fundamento central da inconstitucionalidade por violação do princípio da proteção da confiança.

capítulo dedicado ao princípio da proteção da confiança, aliás quase integralmente construído em torno da jurisprudência do Tribunal Constitucional⁹⁶⁹.

2.3.4. A razoabilidade na crise

A relação entre proibição do excesso e razoabilidade é um dos temas controvertidos na doutrina e na jurisprudência constitucionais. O acórdão n.º 413/14 é um contributo relevante - mas não necessariamente decisivo - para o debate sobre a relação entre essas duas figuras⁹⁷⁰.

3. O fundamento, a estrutura, a terminologia e o conteúdo, o âmbito de aplicação e a aplicação da proibição do excesso

O foco nos acórdãos marcantes arrisca transmitir uma ideia enganadora de univocidade das questões, de congruência doutrinária e metódica e de linearidade evolutiva. Todavia, há um número significativo de decisões que, sendo por vezes marginais em relação ao *mainstreaming* jurisprudencial, dão antes uma imagem de fragmentação, de dialética sem síntese ou de excessiva volatilidade analítica⁹⁷¹.

N.º 45 do acórdão n.º 862/13: "...a redução e recálculo do montante das pensões dos atuais beneficiários, com *efeitos imediatos*, é uma medida que afecta desproporcionadamente o princípio constitucional da proteção da confiança ínsito no princípio do Estado de Direito democrático plasmado no artigo 2.º (...)" (itálico aditado).

⁹⁶⁹ *Infra*, capítulo 28, 2.4.

⁹⁷⁰ V. a apreciação crítica de **Morais, Curso de Direito Constitucional...**, tomo II, vol 2, p. 579, apelidando a razoabilidade de "fórmula espongiiforme".

⁹⁷¹ Entre vários exemplos que poderiam ser convocados, veja-se esta frase do acórdão n.º 113/97, n.º 3.1., que sintoniza várias noções e conceitos, como "otimização equilibrada e equalizante", "ponderação de interesses", "concordância prática", "princípio da proporcionalidade", proibição "da diminuição da extensão e alcance do direito", "prevalência de direitos", "esfera de proteção diminuída" (aparentemente, através de limites imanentes...), sem qualquer explicitação das suas articulações ou ausência delas:

"na hipótese de conflito entre os dois direitos [liberdade de imprensa e direito à honra], após se não encontrar uma optimização equilibrada e equalizante entre ambos, o que pressupõe a concreta ponderação de interesses em jogo, e após se concluir pela impossibilidade de uma concordância prática - critério que implica necessariamente o respeito pelo princípio da proporcionalidade em termos de se não dever diminuir a extensão e alcance do conteúdo daquele direito que eventualmente, nessa ponderação, venha a ser prevalecido -, é possível, em determinadas situações, concluir-se que a esfera de protecção de um desses direitos esteja, à partida, diminuída, como será o caso do direito à honra de figuras públicas,

Dessa dialética resulta inconsistência e instabilidade que perturba ou compromete a pretensão do princípio da proibição do excesso a ser um padrão de decisão objetivo, transparente, racional e agilizador de decisões suficientemente antecipáveis do juiz constitucional. Para se referirem apenas alguns temas que interessam direta ou indiretamente à teoria da proibição do excesso, nos acórdãos do Tribunal tanto encontram abrigo as teses restritivas como as teses ampliativas do conceito de restrição, as teses ampliativas como as restritivas do âmbito de proteção dos direitos, a rejeição como a aceitação dos limites imanescentes, as teses relativas do conteúdo essencial dos direitos como as absolutas. Em geral, a tese e a antítese, alguma coisa e o seu contrário, fazendo a felicidade - ou talvez a desgraça - de investigações como a presente.

Isso resulta, em parte, de na jurisprudência constitucional portuguesa (como na maior parte da Europa) os argumentos históricos e de precedente ou equivalentes desempenharem um papel modesto⁹⁷². Por outro lado, a doutrina tem contribuído escassamente para uma teoria completa, coerente e conforme à Constituição do princípio da proibição do excesso. A circunstância de o princípio da proibição do excesso ser uma “chave da decifração” do *puzzle* que são as decisões do Tribunal Constitucional respeitantes às compressões de direitos fundamentais⁹⁷³ impõe a alteração desse panorama. O olhar transversal que lançamos seguidamente sobre a jurisprudência do Tribunal, assinalando algumas inconsistências formais e materiais que dela emergem, não visa a crítica pela crítica, mas antes criar as bases para identificar os mais credíveis pontos de apoio de uma teoria da proibição do excesso e aqueles que, por não serem coerentes com o conjunto, devem ser considerados acidentais e sem significado sistemático. Como em todas as sínteses, passarão despercebidas algumas *nuances* do discurso do Tribunal que, em alguns casos, serão recuperadas em capítulos subsequentes. Ensaaiaremos um mero recenseamento das várias aplicações descobertas pelo Tribunal Constitucional,

designadamente os titulares de cargos políticos, direito cuja amplitude deve ser tida por menos extensa em confronto com os demais cidadãos.”

⁹⁷² Kumm, «Democracy...», p. 6.

⁹⁷³ Novais, *As restrições...*, p. 37, nota; *Os Princípios...*, p. 195 Este autor faz aliás uma análise certa em relação ao ecletismo do Tribunal Constitucional na escolha das conceções fundamentantes de decisões incidentes sobre aquilo que o autor designa de restrições não expressamente permitidas. Esse ecletismo é corrente em muitos outros domínios da jurisprudência constitucional portuguesa.

procurando ordená-las, sem nos preocuparmos excessivamente com o rigor, ou a ausência dele, das várias invocações, a não ser quando forem manifestamente discutíveis.

3.1. Fundamento

Em alguns arestos o princípio é visto como um princípio geral de limitação do poder público ou princípio objetivo da ordem jurídica, radicado no Estado de direito (artigo 2.º)⁹⁷⁴. Nos casos em que não estão em causa direitos, liberdades e garantias, esta última base constitucional é normalmente a invocada⁹⁷⁵, embora também suceda não ser invocada nenhuma⁹⁷⁶. Quando estão em causa intervenções em direitos, liberdades e garantias é reiteradamente referido o artigo 18.º, n.º 2, como base constitucional do princípio⁹⁷⁷, por vezes acompanhado por uma referência à radicação no Estado de direito⁹⁷⁸ ou no Estado de direito democrático (artigo 2.º)⁹⁷⁹. Em casos específicos, mencionam-se outros preceitos constitucionais, como os artigos 266, n.º 2⁹⁸⁰, 270.º⁹⁸¹ e 272.º, n.º 2⁹⁸²

⁹⁷⁴ V. acórdãos n.ºs 200/01, n.º 6, 302/01, n.º 6, 88/04, n.º 10.5., 286/11, n.º 11. Um dos acórdãos que levou mais longe essa posição, ou dela tirou maiores consequências, foi o n.º 376/2005, na medida em que, invocando a ideia de que o princípio cumpre "uma função de parâmetro de controlo da atuação dos poderes públicos", o considerou aplicável a normas legislativas (regionais) que estabelecem subvenções a partidos, isto é, em casos onde manifestamente não havia qualquer restrição à liberdade e autonomia individuais. Estava em causa a afetação do interesse financeiro do Estado em nome da satisfação de fins relacionados com o bom funcionamento da democracia e dos partidos e grupos parlamentares.

⁹⁷⁵ Acórdãos n.ºs 785/95, 200/01, 119/10, 286/11.

⁹⁷⁶ Acórdão n.º 205/00, em que estava em causa norma sobre a acessão, forma de aquisição da propriedade prevista no artigo 1340.º do Código Civil, recusando expressamente o fundamento do artigo 18.º, n.º 2.

⁹⁷⁷ Acórdãos n.ºs 85/85, 282/86, 325/86, 7/87, 103/87, 439/87, 11/88, 363/91, 123/92, 456/93, 634/93, 370/94, 494/94, 451/95, 527/95, 200/01, 88/04, 421/13 e muitos outros. Por vezes diz-se que a exigência de proporcionalidade está *expressamente* mencionada (v. acórdão n.º 88/04, n.º 10.5.).

⁹⁷⁸ Acórdãos n.ºs 198/90, 187/01, n.º 15, 421/13 e outros.

⁹⁷⁹ Acórdãos n.ºs 439/87, 123/92, 527/95, 200/01, 596/09, 187/13 e outros.

⁹⁸⁰ Acórdão n.º 370/94.

⁹⁸¹ Acórdão n.º 103/87.

⁹⁸² Acórdão n.º 456/93.

3.2. Estrutura, terminologia e conteúdo

Um dos mais evidentes sinais de inconsistência e instabilidade decorre das oscilações a propósito da estrutura do princípio, da sua designação e da designação dos segmentos⁹⁸³ bem como das indicações sobre o conteúdo.

Tendo em conta a estrutura, apresentaremos seguidamente: (i) a versão padrão; (ii) a versão necessidade e proporcionalidade; (iii) a versão curta; (iv) a versão longa; (v) a versão extralonga; (vi) a dupla proporcionalidade.

3.2.1. A versão comum da proporcionalidade

É corrente considerar como conceitos equivalentes proporcionalidade e proibição do excesso⁹⁸⁴. Mas nem sempre assim é: por vezes o Tribunal fala da proibição do excesso como uma das vertentes da proporcionalidade⁹⁸⁵.

Quanto à estrutura do princípio, a inclinação mais pronunciada do Tribunal é para uma estrutura de três subprincípios, vertentes, dimensões ou segmentos. Além disso, em várias ocasiões, o Tribunal sublinhou que os três segmentos da proporcionalidade pressupõem a avaliação de um relação meio fim: "(a) ideia geral unificadora do princípio da proporcionalidade é a de que o meio utilizado para atingir certo objectivo deve estar numa determinada relação com esse objectivo. A avaliação a que há que proceder para aferir da proporcionalidade incide sobre *um meio*, que é dirigido a um certo fim, e implica a apreciação da respectiva idoneidade, necessidade e racionalidade à prossecução do fim em vista"⁹⁸⁶.

⁹⁸³ A necessidade de manter alguma fidelidade às diferentes manifestações jurisprudenciais, que se repartem sem critério evidente entre as designações "proibição do excesso" e "proporcionalidade", forçar-nos-á a utilizar neste capítulo essas duas designações de forma não totalmente coerente com a terminologia apresentada *supra* no capítulo introdutório.

⁹⁸⁴ Desde, pelo menos, o acórdão n.º 103/87. Todavia, persistem fórmulas atípicas, como "princípio da proibição do excesso (...) na sua dimensão de princípio da proporcionalidade": acórdão n.º 376/05, n.º 5.

⁹⁸⁵ Acórdão n.º 187/13, n.º 63.

⁹⁸⁶ Acórdão n.º 594/03, n.º 11.1.

A versão padrão compõe-se, por conseguinte, de três segmentos que pressupõem uma relação meio fim. Esta visão, partilhada por boa parte da doutrina, será objeto de apreciação crítica em capítulos vindouros⁹⁸⁷.

Quanto à nomenclatura, logo nos acórdãos iniciais há uma inclinação para as designações de *adequação, necessidade e proporcionalidade* (com ou sem referência ao sentido estrito)⁹⁸⁸. Em alguns casos alude-se a *exigibilidade* em alternativa à necessidade.

O acórdão n.º 634/93, que serviria de referência a boa parte da jurisprudência posterior, consolida a ideia dos três subprincípios, recorrendo à elaboração doutrinal de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: adequação, exigibilidade e justa medida ou proporcionalidade e.s.e. Em relação à tendência anterior, dá-se preferência a exigibilidade em vez de necessidade e adita-se, como designação alternativa à proporcionalidade e.s.e., a justa medida. Não obstante esta orientação ser invocada em acórdãos posteriores, a hesitação entre necessidade e exigibilidade persistiu, sendo umas vezes preferida necessidade, outras empregues ambas em modo alternativo⁹⁸⁹. Pode, por isso, considerar-se que a orientação preferencial é a que distingue adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade e.s.e. ou justa medida⁹⁹⁰, por vezes simplificada. Contudo, esta não é uma orientação estável e uniforme⁹⁹¹.

O esforço de definição do conteúdo de cada um dos segmentos só se iniciou algum tempo depois de o princípio ter começado a ser aplicado, em alguns casos sustentando declarações de inconstitucionalidade⁹⁹². Como se viu, a primeira indicação consta do acórdão n.º 103/87, relatado por CARDOSO DA COSTA: “*adequação* (da restrição ao objetivo de salvaguardar certo valor constitucional), de *necessidade ou exigibilidade* (da restrição para atingir tal objetivo) e uma ideia de

⁹⁸⁷ *Infra*, capítulos 8 e 18.

⁹⁸⁸ O acórdão n.º 4/84 foi o primeiro a fazer menção às três componentes, embora, tem de se reconhecer, de forma não totalmente articulada. V., com crescente intencionalidade, acórdãos n.ºs 25/84, 85/85, 103/87, 455/87, 64/88, 223/88, 285/92.

⁹⁸⁹ Por exemplo, acórdãos n.º 758/95, 187/01, 632/08.

⁹⁹⁰ V., por todos, acórdãos n.ºs 758/95, 302/01, 530/07, 163/11.

⁹⁹¹ Cfr., entre os mais recentes, o acima citado acórdão n.º 594/03 (n.º 11.1), ou os acórdãos n.ºs 512/08 e 187/13 (n.ºs 54 e 94), estes aludindo a idoneidade, necessidade e razoabilidade.

⁹⁹² O primeiro caso de declaração de inconstitucionalidade com fundamento na violação do princípio da proporcionalidade foi julgado pelo acórdão n.º 4/84, M. Diniz (inelegibilidades locais).

proporcionalidade em sentido estrito (o custo da restrição há-de ser proporcionado ao benefício da proteção com ela obtida)”⁹⁹³. Embora seja de notar a vinculação da ideia de proporcionalidade e.s.e. a uma ponderação de custo/benefício, o resultado de densificação dos três segmentos é reduzido.

O acórdão n.º 634/93 aprofunda alguns aspetos: “princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).” A específica referência à salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos na definição da adequação não tem explicação evidente. Essa salvaguarda é função geral de *todos* os segmentos e não especificamente da adequação. O conteúdo da proporcionalidade e.s.e. é menos denso do que no acórdão anteriormente citado (sendo ambos, de resto, bastante vagos, traço que ainda não desapareceu nos dias de hoje).

O acórdão n.º 1182/96, relatado por SOUSA BRITO, constitui um progresso assinalável no esforço de densificação dos três segmentos, particularmente do segundo: a adequação visa apurar “(...) se a medida legislativa em causa (...) é apropriada à prossecução do fim a ela subjacente”; a necessidade visa determinar “se essa opção, nos seus exactos termos, significou a «menor desvantagem possível» para a posição jusfundamental [sacrificada]. Aqui, [equaciona-se] se o legislador «poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos»; com a proporcionalidade em sentido restrito, questiona-se “«se o resultado obtido (...) é proporcional à carga coactiva» que comporta”. A respeito da necessidade, o que ficara em dúvida com o acórdão n.º 634/93, é clarificado: a versão adotada é uma versão ampla⁹⁹⁴. O que se pretende é garantir que entre os meios com igual eficácia se adote o menos desvantajoso, estando implícito que ao legislador cabe

⁹⁹³ Acórdão n.º 103/87, n.º 17.

⁹⁹⁴ V. a distinção entre as várias modalidades de necessidade *infra*, capítulo 16.

definir o nível de eficácia pretendido, *não se excluindo que seja a mais elevada*. Quanto à proporcionalidade e.s.e., o recurso à noção de carga coativa não é clarificador.

A densificação dessa expressão seria ensaiada por PAULO MOTA PINTO⁹⁹⁵: “(...) trata-se, pois, de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação «calibrada» - de justa medida - com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis”⁹⁹⁶.

Sem embargo, este desenvolvimento não é integralmente esclarecedor. A indicação sobre a exigência de uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e *das medidas possíveis*, se se referir às medidas possíveis *alternativas*, como parece ser o caso, coaduna-se com a necessidade e não com a proporcionalidade e.s.e.

O esforço de densificação segue em alguns casos outras linhas mais ou menos confluentes⁹⁹⁷.

Estes sucessivos contributos permitiram atingir um nível apreciável de estabilização dos segmentos. Todavia, a respetiva absorção pelo ininterrupto fluxo da jurisprudência da proibição do excesso é desigual e o seu alcance ainda não é uniformemente materializado ou entendido pelo Tribunal.

Deixando de lado alguns casos mais antigos, apreciados em momentos de menor aprofundamento teórico (jurisprudencial e doutrinário)⁹⁹⁸, vejamos o que se passou com o recente acórdão n.º 187/13. Por um lado, o Tribunal entendeu (corretamente) que uma “medida só será suscetível de ser invalidada por inidoneidade ou inaptidão quando os seus efeitos sejam ou venham a revelar-se indiferentes, inócuos ou até negativos tomando como referência a aproximação do fim visado”, não se efetuando nenhuma avaliação substancial da bondade intrínseca ou da oportunidade da medida. Por outro lado, noutro passo do mesmo acórdão⁹⁹⁹, considerou *não adequado* (e por isso inconstitucional) para atingir o fim do reforço

⁹⁹⁵ Acórdão n.º 187/01.

⁹⁹⁶ Acórdão n.º 187/01, n.º 15.

⁹⁹⁷ Como é o caso do acórdão n.º 530/07, relatado por Ana Guerra Martins, onde se adere explicitamente às propostas que fazemos em «Proporcionalidade...», pp. 620 ss.

⁹⁹⁸ Como o próprio acórdão n.º 634/93.

⁹⁹⁹ Acórdão n.º 187/13, n.º 81, citando Novais, *Princípios...*, pp. 167-168.

do financiamento da segurança social e da contenção do défice, um meio (uma contribuição sobre subsídios de doença e de desemprego) que “sem qualquer ponderação valorativa, ating[e] aqueles beneficiários cujas prestações estão já reduzidas (...) a um mínimo de sobrevivência”. Ora, ali não estava em causa, manifestamente, um problema de adequação¹⁰⁰⁰ (uma contribuição imposta a qualquer indivíduo é, certamente, adequada a aproximar minimamente o fim do financiamento da segurança social), mas eventualmente uma questão de necessidade (que o Tribunal não avalia), ou de proporcionalidade e.s.e.

A natureza essencialmente empírica do escrutínio da adequação e da necessidade está razoavelmente adquirida¹⁰⁰¹. Contudo, o Tribunal considera relevante, em sede de adequação, no mencionado acórdão n.º 187/13, a ausência de “qualquer ponderação valorativa” por parte do legislador. Isso suscita a questão de saber quais as ponderações valorativas a realizar nesse âmbito, uma vez que é praticamente unânime o entendimento de que a apreciação da adequação suscita essencialmente um juízo de natureza empírica sobre a relação entre meio e fim.

3.2.2. Versão necessidade e proporcionalidade

A alusão ao princípio da necessidade e da proporcionalidade¹⁰⁰² constitui um dos mais recorrentes lugares comuns da jurisprudência constitucional. Numa das explicações possíveis, este conceito envolve uma modalidade do princípio da proporcionalidade com mais segmentos do que a modalidade padrão.

Embora aquela alusão surja com especial frequência nos domínios do direito sancionatório em geral (incluindo o penal, o disciplinar e outros) a sua incidência não se esgota aí. No acórdão n.º 282/86, sobre a pena disciplinar de cancelamento da inscrição em associação profissional, refere-se que o princípio da necessidade e

¹⁰⁰⁰ Sendo certo que o Tribunal não está a referir-se ao conceito de *adequação material* usado por Novais no contexto da proporcionalidade e.s.e. (cfr. *Princípios...*, p. 180).

¹⁰⁰¹ *Idem.*

¹⁰⁰² Pelo menos desde o acórdão n.º 230/85, L. N. Almeida (inelegibilidades em eleições locais). V também acórdãos n.ºs 282/86, 7/87, 35/87, 11/88, 474/89, 458/93, 187/01, 99/02, 494/03, 3/06 e muitos outros. Revelador de continuidade, v. recentemente, por exemplo, acórdãos n.ºs 2/13 e 341/13.

da proporcionalidade (isto é, *um só princípio*), alegadamente previsto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, vale para todas as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias¹⁰⁰³.

Na maior parte dos casos, a referência à necessidade e proporcionalidade não é acompanhada pela revelação da sua estrutura e sentido. Um dos acórdãos que vai mais longe nessa elucidação é o acórdão 254/99: "(...)o princípio da necessidade e da proporcionalidade (...) não é mais do que a *necessidade não apenas da existência de restrição, mas de certa medida ou modo de restrição...*" ¹⁰⁰⁴. Isto é: a necessidade refere-se à necessidade de *uma* restrição ou a um tipo ou modo de restrição, sem referência a uma restrição concreta. Tratar-se-ia de realizar uma operação prévia à verificação dos três segmentos típicos da proporcionalidade, visando a verificação sobre se *há necessidade de restrição* e se *há necessidade de recurso àquela classe* de restrições.

Não obstante a vigência do conceito de necessidade e proporcionalidade em outros domínios, ele tem especial incidência no domínio penal, onde adquire mais do que uma denominação: princípio (ou princípios) da necessidade e da proporcionalidade, da subsidiariedade das penas ou da intervenção penal, da necessidade das penas, da fragmentariedade, da intervenção mínima, da proporcionalidade das penas, da máxima restrição das penas e medidas de segurança, da congruência. Dedicaremos a isso espaço próprio¹⁰⁰⁵.

3.2.3. Versão reduzida

No acórdão n.º 286/11, estava em causa uma norma que determinava a suspensão da eficácia de ato administrativo de licença ou de autorização em caso de interposição de ação pelo Ministério Público para a declaração da respetiva invalidade. Em colisão estavam, na perspetiva do Tribunal, por um lado, os interesses constitucionalmente protegidos do urbanismo e do ambiente, bem como

¹⁰⁰³ Acórdão n.º 282/86, Vital Moreira, n.º 2.4.

¹⁰⁰⁴ Acórdão n.º 254/99, n.º 11. Saliente-se que o relator Sousa Brito invoca inspiração no acórdão n.º 282/86, mas na verdade vai um pouco mais longe na especificação do que é o princípio da necessidade e da proporcionalidade. V., também, mais recentemente, acórdão n.º 2/13.

¹⁰⁰⁵ V. *infra*, neste capítulo.

o princípio da legalidade, que reclamavam a suspensão imediata dos trabalhos e, por outro, os interesses particulares em evitar prejuízos eventualmente sofridos pelos titulares da licença ou autorização em caso de suspensão da obra¹⁰⁰⁶. O Tribunal faz um raciocínio que parece ser este: o interesse em não sofrer prejuízos não é um bem constitucionalmente protegido. Por isso, em rigor não tem lugar a aplicação da proporcionalidade e.s.e., uma vez que esta só é aplicável quando estão em confronto dois bens constitucionalmente protegidos. Aliás, o próprio segmento da necessidade não seria aplicável. Isto reduz o parâmetro a uma mera apreciação da *adequação*.

Esta versão curta da proibição do excesso é inédita e não há indicações sobre a sua repetibilidade futura.

3.2.4. Versão longa

O Tribunal tem entendido que não há uma *obrigação geral de determinabilidade* da lei. No entanto existem obrigações *específicas*, designadamente no caso de lei restritiva de direitos, liberdades e garantias.

O acórdão n.º 285/92 ligou inovatoriamente a questão da proporcionalidade das restrições ao grau de exigência da determinabilidade e precisão da lei. No caso, "a indeterminação da lei representa em si mesmo uma solução desproporcionada"¹⁰⁰⁷.

Esta linha foi prosseguida, por exemplo, pelo acórdão n.º 474/13. Em causa a restrição ao princípio da segurança no emprego público, com vista à prossecução do fim de boa administração. O Tribunal entendeu que as normas legislativas, por estabelecerem critérios altamente *indeterminados*, transferiam para o empregador público (a Administração Pública) a capacidade primária de concretizar os critérios normativos que, em último reduto, poderiam levar ao despedimento do trabalhador

¹⁰⁰⁶ Estando em causa eventuais ilegalidades especialmente graves, "(n)esse exercício de ponderação, o legislador entendeu conceder primazia à defesa do princípio da legalidade, que reclama a imediata suspensão dos trabalhos autorizados pela licença ou autorização tida como ilegal(...)": acórdão n.º 286/11, n.º 11.

¹⁰⁰⁷ N.º 5.2. Na doutrina, esta orientação do Tribunal merece a adesão de **Novais. V. As restrições...**, pp. 769 ss.: "a determinabilidade é também um elemento da proibição do excesso" (p. 770).

por motivos objetivos. Isso inviabilizava o controlo da proporcionalidade (designadamente da adequação¹⁰⁰⁸) quer da própria norma legislativa restritiva, quer dos atos da Administração que concretizariam a interferência restritiva com eventual despedimento do trabalhador (esta segunda vertente recai na hipótese da dupla proporcionalidade, que estudaremos de seguida).¹⁰⁰⁹.

3.2.5. Versão extralonga

Trata-se de versão do princípio da proporcionalidade que abranja um segmento de razoabilidade, uma das hipóteses que, como vimos, flui da leitura do acórdão n.º 413/14.

3.2.6. Dupla (des)proporcionalidade

Em alguns acórdãos o Tribunal esboçou o que talvez se possa designar de *dupla (des)proporcionalidade* ou *duplo grau de (des)proporcionalidade*.

Assim, no acórdão 202/00, por violação do princípio da proporcionalidade (embora o Tribunal não tenha percorrido as várias etapas de aplicação dos segmentos do princípio), foi declarada a inconstitucionalidade de uma norma da Lei da Caça onde se previa que a infração nela tipificada tinha sempre como consequência a perda dos instrumentos da infração, independentemente da avaliação da sua perigosidade ou do risco de utilização em futuros crimes e da ponderação de outras circunstâncias da situação concreta. A *previsão abstrata* pela lei de tal sanção acarretaria necessariamente um obstáculo à ponderação concreta pelo aplicador da norma da proporcionalidade da *imposição concreta* de tal providência sancionatória¹⁰¹⁰.

No acórdão n.º 2/13 julgou-se a constitucionalidade de uma norma que restringia o acesso a informação administrativa. Em causa, uma colisão entre o direito de acesso à informação administrativa, especialmente a informação procedimental, para

¹⁰⁰⁸ Acórdão n.º 474/13, n.º 13.

¹⁰⁰⁹ *Idem*, particularmente final do n.º 12 e n.º 13.

¹⁰¹⁰ Acórdão n.º 202/00, n.ºs 20 e 21.

garantia de acesso à tutela jurisdicional efetiva do direito de propriedade industrial (artigo 268.º, n.ºs 1 e 2 e artigo 20.º, n.º 1) e o interesse na proteção do segredo. A norma foi julgada inconstitucional por não refletir nem permitir "qualquer juízo de ponderação casuística [pelo órgão administrativo e pelo juiz] de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que pudesse fundar uma restrição ao direito de acesso à informação administrativa para salvaguarda do direito à tutela jurisdicional efetiva dos direitos de propriedade industrial, violando, por isso, o princípio da proporcionalidade."¹⁰¹¹.

Isto é, a norma violava o princípio da proporcionalidade por não consagrar mecanismos de ponderação ou de proporcionalidade e.s.e. para a sua própria aplicação¹⁰¹².

O primeiro problema que se coloca é o seguinte: qual é o segmento ou os segmentos do princípio da proporcionalidade que são infringidos? A ausência de aplicação dos vários segmentos, dificulta a compreensão da *ratio* da decisão.

A certo passo o Tribunal parece convocar um argumento que mostra que a norma é contraproducente em relação aos objetivos que visa¹⁰¹³, mas não parece investir muito nele nem daí retirar qualquer consequência em relação à inadequação.

Por outro lado, também não parece haver uma aplicação do segmento da necessidade. Dar-se a entender, implicitamente, que há uma alternativa à solução do legislador - a alternativa de atribuição ao administrador da possibilidade de ponderar casuisticamente os interesses em presença - que *pode ou não* melhorar a posição de quem pretenda prevalecer-se do direito de acesso à informação e que *pode ou não* piorar ou manter a intensidade de satisfação do interesse do segredo, não é o mesmo que dizer que a norma viola o segmento da necessidade. O segmento da necessidade não impõe a adoção de uma medida que *pode ou não* ser mais suave

¹⁰¹¹ Acórdão n.º 2/13, n.º 9.3.

¹⁰¹² V. uma situação que parece similar no acórdão n.º 474/13, sobre cessação do vínculo contratual de emprego público.

¹⁰¹³ "Na falta de informação relevante, o recurso à arbitragem torna-se o único meio para a sua obtenção, *desvirtuando-se a finalidade do instituto* e compelindo-se os particulares envolvidos (titulares de direitos de propriedade industrial referentes a medicamentos de referência e requerentes de autorizações de introdução no mercado de medicamentos genéricos) a assumir os encargos decorrentes da justiça arbitral, incluindo os encargos financeiros inerentes ao respectivo custo." (itálico aditado).

para o direito atingido e que, sobretudo, *pode ou não* ser menos eficiente para atingir o objetivo que o legislador definiu.

A proporcionalidade e.s.e. da norma também não é apreciada: não há nenhuma operação de contrapeso dos efeitos, das vantagens e desvantagens, dos interesses constitucionalmente garantidos em presença, ou de outras magnitudes a que o Tribunal faz usualmente referência quando pondera. Há simplesmente uma indicação de que a norma deveria permitir essa ponderação no caso concreto ("casuisticamente"), pelo administrador ou pelo juiz.

Não estando em causa os segmentos *típicos* da proporcionalidade, a ilação a tirar é que o Tribunal, no seu juízo *de primeiro grau* sobre a proporcionalidade da norma, imputa um *quarto segmento* ao princípio: saber se a norma contém como elemento normativo da sua estatuição a autorização de um juízo de *segundo grau* sobre a proporcionalidade da recusa concreta de acesso a informação, a realizar "casuisticamente" pelo aplicador concreto da norma. Se a norma não satisfizer esse quarto segmento infringe o princípio da proporcionalidade.

Há arestos que negam, porém, esta ideia de dupla proporcionalidade, sob a alegação de que a ponderação dos interesses em presença foi realizada pelo próprio legislador e é sobre ela que deve incidir a apreciação do Tribunal¹⁰¹⁴.

3.3. Âmbito de aplicação

Sobre o âmbito de aplicação da proibição do excesso, o Tribunal anunciou a certo passo o seguinte: "o princípio poderá ser invocado como instrumento de ponderação sempre que estiverem em causa "valores" jusfundamentais que entre si, objectivamente, conflituem"¹⁰¹⁵.

No presente número verificaremos que esta afirmação peca por defeito e que a conceção prevalecente vai além disso. Tal como o Tribunal o toma, o princípio é aplicável como instrumento de ponderação e harmonização mesmo quando (todos ou alguns) "valores" colidentes não tenham natureza jusfundamental ou tão pouco

¹⁰¹⁴ Cfr. acórdão n.º 286/11, n.º 11.

¹⁰¹⁵ Acórdão n.º 651/09, n.º 5.

jusconstitucional. Isto é, pode suceder que em certas situações o *único parâmetro* constitucional usado pelo Tribunal para apreciar a constitucionalidade de uma norma seja o princípio da proibição do excesso, à falta de *outra* norma constitucional enquadradora da situação.

Vejamos as atividades ou funções e os tipos de colisão que o Tribunal considera recaírem sob a alçada da proporcionalidade.

3.3.1. Atividades

O Tribunal aceita reiteradamente que o princípio da proibição do excesso, tendo tido uma aplicação inicial circunscrita à função administrativa, é correntemente aplicável a todas as formas de *exercício do poder público*, incluindo a legislativa¹⁰¹⁶. A conceção prevalecente é generosamente ampla. Todavia, não há unanimidade quanto às manifestações constitucionais do princípio, sobre isso se registando posições diferenciadas, entre as restritivas ou aparentemente restritivas¹⁰¹⁷ e as ampliativas¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁶ Acórdão n.º 187/01, n.º 15

¹⁰¹⁷ Assim, acórdão n.º 376/05: o princípio é "expressamente afirmado pela Constituição apenas a propósito do âmbito dos limites aos direitos fundamentais (artigo 18.º, n.º 2) e à utilização das medidas de polícia (artigo 272.º, n.º 2)", embora acrescente uma referência ao artigo 2.º; o acórdão n.º 651/09 (n.º 5), sustenta que "o princípio da proporcionalidade ou da *proibição do excesso*, enquanto princípio vinculativo das acções dos poderes públicos, tem referência *expressa* no texto constitucional apenas em dois lugares: na parte final do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, a propósito dos limites que devem ser observados pelas leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, e no n.º 2 do artigo 266.º, a propósito dos princípios fundamentais que regem a actuação da Administração Pública", embora decorra "antes do mais das próprias exigências do Estado de direito a que se refere o artigo 2.º da Constituição, por ser consequência dos valores de segurança nele inscritos." Todavia, acrescenta-se que a "*proibição do excesso* [tem] uma sede material que se revela bem mais vasta do que aquela que é coberta pelas suas referências textuais explícitas..."

¹⁰¹⁸ O Tribunal, no acórdão n.º 302/01, relatado por Helena Brito (subarrendamento) adere a uma lista dos afloramentos constitucionais do princípio semelhante à que propusemos em «Proporcionalidade», *cit.*, pp. 45-46 : "no artigo 18.º, n.º 2, relativo às restrições aos direitos, liberdades e garantias; no artigo 19.º, n.º 4, impondo expressamente o respeito pelo princípio da proporcionalidade na opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como nas respectivas declaração e execução; no artigo 19.º, n.º 8, no que concerne às providências a tomar pelas autoridades com vista ao restabelecimento da normalidade constitucional; no artigo 28.º, n.º 2, relativo à prisão preventiva; no artigo 30.º, n.º 5, prevendo as limitações a direitos fundamentais que decorram das exigências próprias da execução de penas ou medidas de segurança ou inerentes ao sentido da condenação; no artigo 266.º, n.º 2, que consagra expressamente a subordinação dos órgãos e agentes administrativos ao princípio da proporcionalidade; no artigo 270.º, relativo às restrições ao exercício de direitos dos militares e agentes militarizados, bem como dos agentes dos serviços e forças de segurança; no artigo 272.º, n.º 2, referente às medidas de polícia."

Embora não seja tema deste estudo, vale a pena assinalar também a ampla aceitação da aplicação do princípio no domínio das relações jurídico-privadas. Uma das sínteses mais claras dos tópicos essenciais desse debate consta do acórdão n.º 302/01, relatado por HELENA BRITO:

“(é)...possível encarar o princípio da proporcionalidade como um princípio objectivo da ordem jurídica. E, se é certo que a aplicação do princípio da proporcionalidade se viu inicialmente restrita à conformação dos actos dos poderes públicos e à protecção dos direitos fundamentais, há que reconhecer que foi admitido o posterior e progressivo alargamento da relevância de tal princípio a outras realidades jurídicas, não se detectando verdadeiros obstáculos à sua actuação no domínio das relações jurídico-privadas.

Não se contesta portanto que o princípio da proporcionalidade seja princípio geral de direito, *conformador não apenas dos actos do poder público mas também, pelo menos em certa medida, dos actos de entidades privadas e inspirador de soluções adoptadas pela própria lei no domínio do direito privado*¹⁰¹⁹.

Admite-se, conseqüentemente, a refração do princípio nas relações jurídicas privadas de dois modos: direto, sobre os próprios atos de entidades privadas; indireto, através da lei no domínio do direito privado.

A primeira modalidade é reconhecida apenas a título de *obiter dictum*, uma vez que o Tribunal não se pronuncia sobre a constitucionalidade de atos de entidades privadas¹⁰²⁰.

Quanto à segunda, pode ainda distinguir-se entre (i) as normas de direito privado que incorporam, expressam, materializam ou realizam direitos fundamentais na ordem privada e (ii) as normas de direito privado que regulam as relações entre particulares - atribuindo-lhes ou reconhecendo-lhes eventualmente posições jurídicas subjetivas - sem referência próxima ou direta a direitos fundamentais.

¹⁰¹⁹ N.º 6, *itálico* aditado. A aplicação do princípio da proporcionalidade às relações jurídico-privadas é, aliás, extensamente demonstrada por Luís Nunes de Almeida, relator inicial, no projeto inicial de acórdão, transformado em declaração de voto ao acórdão n.º 302/01. Conforme aí notado, isso correspondia à nossa posição: v. «Proporcionalidade», *cit.*, pp. 47 ss.

¹⁰²⁰ No acórdão n.º 596/09, n.º 7, lê-se: “deste modo apenas faz sentido convocar o princípio do equilíbrio dos contratos, mesmo quando de natureza administrativa, enquanto dimensão absorvida no princípio da proporcionalidade (...)”

3.3.2. Colisões

Não é conhecida qualquer classificação de tipos de colisões de bens, interesses ou valores seguida ou reconhecida pelo Tribunal Constitucional. A arrumação aqui proposta é doutrinal e classifica o tipo de colisões em função do cruzamento entre o critério da estrutura deontica das normas constitucionais que enquadram o comportamento do legislador quando produz normas e o critério do tipo de bens, interesses ou valores em causa. Distinguimos três núcleos, cada um com subdivisões: (i) colisões entre bens, interesses ou valores que o legislador tem *permissão* para prosseguir e bens, interesses ou valores tutelados através de normas que estabelecem *proibições prima facie* de interferência, isto é deveres de abstenção, do legislador; (ii) colisões entre bens, interesses ou valores tutelados por normas constitucionais que estabelecem *comandos* ou *proibições prima facie* de interferência, isto é *deveres* positivos, ou positivos e negativos, do legislador; (iii) colisões entre bens, interesses ou valores cuja tutela é *autorizada* ao legislador, não vigorando em relação a qualquer deles um *comando* ou *proibição* de interferência, isto é, um dever positivo ou negativo específico do legislador.

Não passará despercebida a fluidez e diluição de fronteiras de algumas das categorias, sendo além disso certamente discutíveis algumas das classificações adotadas, em alguns casos devido à indefinição original nos acórdãos.

3.3.2.1. Colisões entre bens, interesses ou valores que o legislador tem permissão para prosseguir e bens, interesses ou valores tutelados através de normas que estabelecem deveres constitucionais *prima facie* de abstenção de interferência

3.3.2.1.1. Bens, interesses ou valores públicos e direitos, liberdades e garantias

Constitui o conjunto mais extenso de situações, desde logo devido à circunstância de boa parte da jurisprudência do Tribunal sobre proibição do excesso incidir sobre normas de direito penal (ou, mais latamente, sancionatório) onde, por natureza, está em causa a interferência em bens, interesses ou valores das pessoas com vista à tutela de bens, interesses ou valores públicos de especial relevo¹⁰²¹ (somente eles, ou também bens, interesses ou valores subjetivados que não são objeto de um dever de proteção pelo legislador).

Apresentamos apenas alguns exemplos:

- no acórdão n.º 289/92, sobre serviços mínimos, colidiam direito à greve e satisfação de necessidades sociais impreteríveis;
- no acórdão n.º 470/99, sobre expulsão de cidadão estrangeiro irregular no País, com filho menor nascido em Portugal colidiam interesses "(...) de ordem pública e de natureza social, por um lado, como sejam a segurança nacional ou pública, o bem estar económico do País, a defesa da ordem e a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde e da moral, e por outro lado, a protecção dos direitos e liberdades de terceiros, para utilizar a terminologia do próprio artigo 8º da CEDH" designadamente "(...) a garantia constitucional que consiste em os filhos não poderem, em princípio, ser separados dos pais, (...) mas também um direito subjectivo dos filhos a não serem separados dos respectivos pais" (artigo 36.º, n.º 6);
- no acórdão n.º 530/07 a norma apreciada tinha subjacente uma colisão entre o direito à tutela jurisdicional efetiva e os interesses da eficiência e celeridade na tramitação processual no Tribunal Constitucional;

¹⁰²¹ Para maior precisão, v. **Palma, *Direito Constitucional Penal***, pp. 87 ss., passim.

- no acórdão n.º 340/13, estando em causa a norma que possibilita que a Administração fiscal utilize em processo penal informações obtidas através do cumprimento do dever de colaboração do arguido, colidiam o direito à não autoincriminação e o interesse da fiscalização do cumprimento dos deveres fiscais e, mais remotamente, as finalidades do sistema fiscal;
- no acórdão n.º 418/13 (envolvendo a realização de análises de sangue a condutores inconscientes intervenientes em acidentes de viação, para efeitos de eventual responsabilização criminal), a relatora CATARINA SARMENTO E CASTRO admitiu que os direitos à integridade física e à reserva da vida privada, bem como o direito a não ser objeto de atividade de prova com violação da integridade física, poderiam ceder em concreto perante o interesse da eficácia da pretensão punitiva do Estado, orientada à proteção do bem jurídico *segurança rodoviária*, (e, reflexamente, à tutela da vida e integridade pessoal, bem como do direito à propriedade privada)¹⁰²²;
- no acórdão n.º 154/10 discutiu-se a restrição da garantia da segurança do emprego (artigos 53.º e 58.º) visando a satisfação do fim de *boa administração*.

3.3.2.1.2. Bens, interesses ou valores públicos conjugados com direitos, liberdades e garantias e outros direitos, liberdades e garantias

Há vários casos onde há primariamente uma colisão entre bens, interesses ou valores subjetivos, mas em que o legislador entende que deve dar prevalência a um deles, de modo a prosseguir um interesse público ou coletivo.

Veja-se, por exemplo, o acórdão n.º 205/00, que apreciou a constitucionalidade do artigo 1340.º, n.º 1, do Código Civil, sobre acessão. Subjacente, a colisão do direito de propriedade sobre o solo com o direito de propriedade sobre um imóvel construído naquele solo. Recusando embora que se trate de uma questão de restrição de direitos coberta pelo art.º 18.º, n.º 2 (uma opção que se insere na corrente jurisprudencial de atribuir ao conceito de restrição um sentido

¹⁰²² Sem embargo, v. *infra* a observação sobre alguma hesitação em relação ao *exato objeto* da ponderação.

restrito¹⁰²³), o Tribunal admitiu que a solução legislativa está sujeita ao princípio da proporcionalidade, nos termos do princípio geral do Estado de direito do artigo 2.º¹⁰²⁴. A par dos interesses subjetivos conflituantes encabeçados por diferentes particulares, a relatora assumiu que no caso concreto valeriam alguns interesses públicos que o legislador pretendia prosseguir: o "(...) interesse público da resolução normativa de um conflito de direitos e [o] interesse, igualmente público, subjacente ao princípio da tipicidade dos direitos reais, que exige que não permaneçam duas propriedades sobrepostas fora dos casos expressamente previstos na lei"¹⁰²⁵. É da prossecução concomitante destes interesses públicos que o Tribunal parte para admitir a possibilidade de atribuição de prevalência ao interesse do titular do direito de propriedade do imóvel construído sobre o solo.

Outro exemplo é fornecido pelo acórdão n.º 159/07, incidente sobre a norma que permite a remição do arrendamento rural, isto é a transição forçada da propriedade de raiz da terra para o rendeiro. *Prima facie* há uma colisão entre o direito de propriedade do senhorio e o direito de propriedade do rendeiro que realizou benfeitorias na terra. O Tribunal admitiu a limitação de um direito (de propriedade) de um particular, o senhorio, para benefício de outro particular, o rendeiro, permitindo que este se torne o dono da terra. Relevante, porém, é que o Tribunal entendeu que a prevalência atribuída pelo legislador à posição do segundo, consentindo a remição, era sustentada também por fins de natureza económica e social (artigos 9.º d), 93.º e 98.º). Isto é, não se tratava apenas de atribuir prevalência a uma posição subjetiva sobre outra posição subjetiva, sem que a Constituição estabelecesse qualquer indicação de que uma deve prevalecer ou ser protegida, mas de satisfazer também *interesses objetivos*.

Tendencialmente, parece ainda integrar-se neste grupo o acórdão n.º 187/01, estudado anteriormente, sobre a propriedade das farmácias.

¹⁰²³ V. *infra*, capítulo 9.

¹⁰²⁴ Acórdão n.º 205/00: "(...) o regime do n.º 1 do artigo 1340.º do Código Civil, obrigando ao sacrifício do direito do proprietário do solo, [deve] ser avaliado à luz dos princípios do Estado de Direito que impedem o legislador de restringir direitos individuais de modo arbitrário e desproporcionado, ainda que fora das hipóteses cobertas pelo artigo 18.º, n.º 2, da Constituição."

¹⁰²⁵ *Idem*, n.º 4.

3.3.2.2. Colisões entre bens, interesses ou valores tutelados por normas constitucionais que estabelecem deveres positivos, ou positivos e negativos, do legislador

Embora a viabilidade teórica da separação analítica entre as várias categorias que se seguem pareça inquestionável, a aplicação prática nem sempre é fácil devido a situações de sobreposição ou até de fungibilidade. Na prática, a distinção pode parecer, portanto, artificial.

Adiante dedicaremos atenção pormenorizada a todas estas situações num capítulo próprio sobre a relação entre proibição do excesso e proibição do defeito. Por isso, limitar-nos-emos de momento ao sumário dos casos selecionados para ilustrar este tipo de colisões.

3.3.2.2.1. Colisões entre bens, interesses ou valores tutelados por normas que estabelecem deveres de proteção e bens, interesses ou valores tutelados por deveres de abstenção

Trata-se da categoria mais representada dentro deste grupo.

(i) À cabeça, os casos mais salientes são os respeitantes ao tema da despenalização da interrupção voluntária da gravidez, apreciado em diferentes ocasiões pelo Tribunal, a vários títulos. De modo geral, a questão central é definida como uma colisão entre o dever do legislador de proteção dos interesses do feto (ou, para alguns, da vida intrauterina) e o dever de abstenção de interferências em direitos da mulher grávida¹⁰²⁶.

(ii) No acórdão n.º 13/95 a norma em causa incidia sobre a colisão entre, por um lado, o direito de resposta, como meio de defesa da liberdade e de direitos de

¹⁰²⁶ V. acórdãos n.ºs 25/84, 85/85, 288/98 e 75/10, estudados ao longo deste capítulo a vários títulos. Entre eles há, sem embargo, óbvias matizações, sendo isso evidente, por exemplo, no acórdão n.º 85/85. O acórdão n.º 75/10 será especialmente focado por ter introduzido no instrumentário conceptual do Tribunal o instituto da proibição de insuficiência ou do défice. Relevante, também, a declaração de voto de Cura Mariano no acórdão n.º 357/09.

personalidade do visado, face à imprensa e aos titulares da liberdade de imprensa e de informação e, por outro, os direitos de defesa da liberdade de imprensa e de informação (artigo 37.º, n.º 1). O discurso do acórdão também permite inserir este caso no grupo das colisões entre bens, interesses ou valores cujo exercício implica o dever do legislador de produção de normas sobre processo, procedimento, organização e financiamento e outros bens, interesses ou valores¹⁰²⁷.

(iii) No acórdão n.º 113/97, versou-se uma colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à honra, subjacente a uma norma penal de proteção contra o abuso da primeira.

(iv) No caso do acórdão n.º 486/04¹⁰²⁸, colidiam, por um lado, o direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade, como dimensão do direito à identidade pessoal e, por outro, os valores da certeza e da segurança jurídicas e da paz e harmonia na família, bem como os direitos à reserva da intimidade da vida privada e familiar do pretense pai.

(v) No acórdão n.º 632/08, colidiam, por um lado, o direito dos trabalhadores à não privação arbitrária do emprego ou o direito à possível estabilidade do emprego que se procurou e obteve (artigo 53.º e 58.º, n.º 1) e o direito dos empregadores à livre iniciativa económica privada e, mais especificamente, a liberdade de iniciativa e de organização empresarial, na dimensão de liberdade de organização dos meios institucionais necessários para levar a cabo uma certa atividade económica (artigo 61.º, n.º 1, conjugado com o artigo 80.º, c).

¹⁰²⁷ Um tratamento mais aprofundado teria de tomar em linha de conta e analisar as consequências da circunstância de o direito de resposta ser um direito essencialmente dirigido *contra entidades particulares* e não contra o Estado (o que o distingue dos direitos de liberdade clássicos: cfr. **Vital Moreira, O direito de resposta...**, pp. 16, 73), acrescentando que é porventura o "único direito fundamental que pode ter por sujeito activo o Estado ou outra entidade pública e por sujeito passivo um particular" (**Vital Moreira, idem**).

¹⁰²⁸ O qual serviu de base quase inalterada para o acórdão n.º 23/06 que, posteriormente, viria a declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma apreciada.

3.3.2.2.2. Colisões entre bens, interesses ou valores cujo exercício implica o cumprimento pelo legislador de dever de produção de normas sobre processo, procedimento, organização e financiamento e outros bens, interesses ou valores

O acórdão n.º 248/94 incidiu sobre uma situação em que, por um lado, o Estado estava adstrito ao dever de garantir o acesso aos tribunais, assegurando os meios efetivos de acesso à justiça e, por outro, havia que salvaguardar o interesse financeiro do Estado, através das taxas de justiça.

Nos acórdãos n.ºs 254/99 e 2/13 estava em causa a colisão entre, por um lado, o direito (com natureza análoga a direito, liberdade e garantia) à informação administrativa para salvaguarda do direito à tutela jurisdicional efetiva dos direitos de propriedade industrial (artigos 20.º, n.º 1 e 268.º, n.ºs 1 e 2, 4 e 5 da CRP), que requer a produção de normas que garantam o respetivo exercício e, por outro, "os direitos ao segredo comercial ou industrial, de autor ou de propriedade industrial e o interesse no respeito das regras de leal concorrência, (...) eventualmente na titularidade da pessoa detentora da autorização de introdução no mercado de certo medicamento.", que requerem, simultaneamente, comportamentos ativos (de proteção) e omissivos (de abstenção de interferência) do legislador¹⁰²⁹.

No caso do acórdão n.º 20/10, colidiam "os «valores» da celeridade processual e do princípio do contraditório", em cumprimento de várias "obrigações" quanto à organização do processo que decorrem, para o legislador, do artigo 20.º

¹⁰²⁹ Tenha-se em atenção, porém, que o Tribunal é muito mais prolífico na identificação de bens, interesses ou valores envolvidos na colisão: "direito de propriedade (artigo 62, n.º 1 da Constituição) (...) o direito à invenção científica, integrado na liberdade de criação cultural do Título II da Constituição (artigo 42.º), o interesse de livre iniciativa económica privada (artigos 61.º, n.º 1 e 80.º, alínea c)), o interesse no funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas (artigo 81, alínea e)) e o interesse numa política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país (artigo 81.º, alínea j)). (...) Do outro lado da situação de conflito, o lado da recorrente, há que ponderar em concurso, os direitos de autor ou de propriedade industrial a fazer eventualmente valer em juízo, que chamam também à colacção as mesmas regras de leal concorrência em economia de mercado, mas também os interesses dos consumidores e da saúde na fiscalização da qualidade dos produtos farmacêuticos, dos seus perigos tóxicos e da sua aptidão clínica."

3.3.2.2.3. Colisões entre direitos sociais e outros bens, interesses ou valores

Neste número deve distinguir-se entre as situações em que o cumprimento dos deveres de materialização de direitos sociais colide com bens, interesses ou valores públicos e as situações em que colide com bens, interesses ou valores encabeçados por terceiros. Por seu turno, neste segundo grupo há que distinguir as colisões dos direitos sociais com outros direitos sociais de outras classes de particulares e as colisões de direitos sociais com direitos, liberdades e garantias de outras classes de particulares. Também os acórdãos relevantes para este número serão objeto de estudo mais profundo a propósito da relação entre proibição do excesso e proibição do defeito.

3.3.2.2.3.1. Direitos sociais e bens, interesses ou valores públicos

(i) Acórdão n.º 88/04: em causa estava uma colisão entre um direito social, o direito à segurança social (artigo 63.º, n.º 1, na especificação do n.º 3) e um objetivo eventual do legislador de incentivar o casamento (em detrimento da união de facto)¹⁰³⁰.

(ii) Acórdão n.º 67/07: desta feita tratava-se de uma colisão entre, por um lado, o direito social do artigo 64.º, direito à proteção da saúde, bem como o carácter universal e tendencialmente gratuito do SNS e, por outro, o fim de incentivar o uso do cartão do utente do SNS pela população, simplificando e desburocratizando o acesso.

(iii) Mais recentemente, o acórdão n.º 612/11 pronunciou-se sobre uma colisão entre o direito das instituições particulares de solidariedade social ao apoio do

¹⁰³⁰ O relator Gil Galvão manifestou dúvidas sobre qual o verdadeiro objetivo da norma legislativa ("qualquer que este seja"), n.º 10.7. V., também, acórdãos n.ºs 67/07 e 512/08 e a apreciação em Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 390 ss.

Estado (artigo 63.º, n.º 5) e o fim da salvaguarda da justa concorrência (artigo 81.º, f).

3.3.2.2.3.2. Direitos sociais e outros bens, interesses ou valores titulados por terceiros

3.3.2.2.3.2.1. Direitos sociais de uma classe e direitos, liberdades e garantias de outra classe de particulares

Acórdão n.º 263/00, incidente sobre várias normas do regime jurídico do arrendamento para habitação: colisão entre o "*direito à habitação*, (...) direito de interesse colectivo ou social e cuja prossecução imposta ao Estado não deixa também de vincular os proprietários particulares" e o direito de propriedade dos senhorios^{1031/1032}.

Aproximação de alguma forma dúbia é a do acórdão n.º 302/01, também incidente sobre normas do regime jurídico do arrendamento. Por um lado, o acórdão alude à necessidade de *proteção* do arrendatário, como parte contratual institucionalmente mais fraca e menciona o direito à habitação como quadro referencial¹⁰³³. No entanto, evita em grande medida o debate da colisão entre direitos fundamentais, focando simplesmente a questão de saber se as normas de direito privado apreciadas resolvem a colisão entre as posições jurídicas subjetivas privadas - ou dos interesses - do locatário e do senhorio com observância do princípio da proporcionalidade¹⁰³⁴.

¹⁰³¹ N.º 4.1. Idêntico, acórdão n.º 309/01, n.º 4.1.

¹⁰³² Note-se que numa situação inversa, isto é, em que estavam em causa regras do regime jurídico do arrendamento que possibilitavam a recuperação do imóvel arrendado pelo senhorio, com prejuízo do locatário, isto é, também uma colisão entre direito à habitação (artigo 65.º) e direitos de iniciativa económica privada (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição) e direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da Constituição), o Tribunal não aplicou o parâmetro da proporcionalidade ou outro considerado equivalente (na sua prática): cfr. acórdão n.º 151/92 e acórdão n.º 311/93, relatados por Messias Bento.

¹⁰³³ N.º 7.1.

¹⁰³⁴ Assim, acórdão n.º 302/01.

3.3.2.2.3.2.2. Direitos sociais de uma classe e direitos sociais de outra classe de particulares

Caso paradigmático, é o do acórdão n.º 309/01, sobre regime de arrendamento aplicável às IPSS. Do ponto de vista do relator, ARTUR MAURÍCIO, estariam em causa, do lado do senhorio, "dois tipos de direitos: o direito de habitação e o direito de fruição (económica) de um bem de que aquele é proprietário", constitucionalmente inseridos no título dos direitos sociais, e os direitos dos utentes ou beneficiários das IPSS, de igual modo inseridos nesse local¹⁰³⁵.

3.3.2.3. Colisões entre bens, interesses ou valores públicos ou coletivos tutelados por uma norma constitucional de comando e bens, interesses ou valores subjetivos sem natureza de direito fundamental

Tendo em conta o modo como o Tribunal qualificou juridicamente os bens, interesses ou valores colidentes, o acórdão n.º 286/11 ilustra este tipo de colisão. Em concorrência estariam os interesses constitucionalmente protegidos do urbanismo e do ambiente (artigos 65.º e 66.º) e, em última análise, o próprio princípio da legalidade, por um lado, e os interesses de particulares em evitar prejuízos decorrentes de suspensão de obra autorizada por licença ou autorização alegadamente ilegal, por outro. Estes últimos não são considerados bens constitucionalmente protegidos¹⁰³⁶.

¹⁰³⁵ N.º 3.7. Mais abaixo acrescenta-se que aos "direitos dos beneficiários das IPSS correspondem do lado passivo, como se disse já, deveres constitucionais que oneram não só o Estado, mas igualmente toda a sociedade (...), o que de algum modo lhes confere *um valor acrescido* face ao direito de habitação do senhorio" (itálico aditado).

¹⁰³⁶ Acórdão n.º 286/11, n.º 11.

3.3.2.4. Colisões entre bens, interesses ou valores cuja tutela é autorizada ao legislador, sem que em relação a qualquer deles exista um dever positivo ou negativo específico deste

3.3.2.4.1. Colisões de bens, interesses ou valores públicos não tutelados por nenhuma norma constitucional de comando

A aplicação do princípio da proporcionalidade em circunstâncias de colisão de *dois bens, interesses* ou *valores* públicos não é frequente. Mas há exemplos que demonstram inequivocamente que o Tribunal admite a sua aplicabilidade também nessas circunstâncias.

No acórdão n.º 458/93, que se debruçou sobre o regime jurídico do segredo de Estado, uma das questões discutidas foi a conformidade com os princípios da necessidade e da proporcionalidade de uma disposição que permitia que alguns órgãos de soberania retivessem informação de determinados indícios criminais. Esta restrição ao "dever de imediata denúncia da prática de um crime" e, em última análise, ao interesse público da ação e investigação criminal, visava salvaguardar outros interesses como a independência do país, a integridade do seu território, a segurança interna e externa. O relator RIBEIRO MENDES rejeitou a violação daqueles princípios¹⁰³⁷.

O acórdão n.º 612/11, apreciou a norma que impunha às entidades do sector social a constituição de sociedades comerciais como condição para a aquisição da propriedade e exploração de farmácias. Em causa, dois interesses que o Tribunal qualificou como públicos: o interesse público em que as entidades do setor social desempenhem funções de utilidade pública, nos termos do artigo 63.º, n.º 5, da CRP; e o interesse público da imposição e respeito por todos os operadores do mercado das regras da livre e justa concorrência (artigo 81.º, alínea f) da CRP). Nas circunstâncias concretas, a satisfação do segundo implicava a limitação do primeiro,

¹⁰³⁷ Acórdão n.º 458/93, n.º 23.

na medida em que obrigava que as entidades de economia social prescindissem do seu modo próprio de operar e exercessem a atividade nos mesmos termos que os demais operadores, designadamente constituindo sociedades comerciais para deter e explorar farmácias¹⁰³⁸.

Com dúvidas, pode talvez invocar-se o acórdão n.º 20/10: colisão entre o valor ínsito na proibição da indefesa e os valores "potencialmente conflitantes" da celeridade processual, da segurança e da paz jurídica^{1039/1040}.

De enquadramento não linear é também o acórdão n.º 376/2005, embora pareça recair no grupo daqueles em que colidem dois interesses públicos. Invocando a ideia de que o princípio da proporcionalidade cumpre "uma função de parâmetro de controlo da atuação dos poderes públicos", o Tribunal considerou-o aplicável a normas legislativas (regionais) que estabelecem subvenções a partidos, isto é, em casos onde manifestamente não há qualquer restrição à liberdade e autonomia individuais. Estava em causa uma colisão entre o interesse financeiro público e o interesse do bom funcionamento dos partidos e, concomitantemente, da democracia representativa. Todavia, a circunstância de os partidos (e os grupos parlamentares) serem suscetíveis de titularidade de posições jurídicas subjetivas dificulta a arrumação desta situação.

¹⁰³⁸ Alguma ambiguidade na qualificação dos bens, interesses ou valores em causa e das posições do legislador em relação a eles, permite que este acórdão também possa servir para ilustrar uma colisão entre o dever de materialização de direitos sociais e a prossecução de interesses públicos.

¹⁰³⁹ N.º 7.

¹⁰⁴⁰ V., também, a declaração doutrinária deixada no acórdão n.º 651/09, n.º 5: "... o princípio [da proporcionalidade ou da proibição do excesso] vale, não apenas como limite constitucional das acções do legislador, mas como limite das actuações de todos os poderes públicos; e, quanto à função legislativa, não vinculará apenas aquela que se cifrar em instituição de restrições aos direitos, liberdades e garantias. Como os direitos fundamentais desempenham, no nosso ordenamento jurídico, também uma importante função "valorativa" ou *objectiva*, por certo que o princípio poderá ser invocado como instrumento de ponderação sempre que estiverem em causa "valores" jusfundamentais que entre si, objectivamente, conflituem. *Ponto é, no entanto, que se tenha demonstrado previamente que, ainda nessas situações, o legislador, não agindo no âmbito da sua liberdade de conformação política, se encontrava constitucionalmente vinculado a decidir de um certo modo, e não de outro, o "conflito" entre os bens ou valores em colisão*".

3.3.2.4.2. Colisões de bens, interesses ou valores subjetivados sem natureza de direito fundamental

No acórdão n.º 594/03, estava em julgamento a proporcionalidade da norma que resolvia uma colisão entre o interesse do promitente comprador de imóvel que obtivera a tradição da coisa e o interesse do promitente vendedor incumpridor. A norma atribuía direito de retenção ao primeiro.

3.3.2.4.3. Colisões de bens, interesses ou valores subjetivados sem natureza de direito fundamental, associados a bens, interesses ou valores públicos que o legislador está autorizado a prosseguir

É com hesitação que se inserem aqui os exemplos de fiscalização, à luz da proporcionalidade, de normas que regulam colisões entre situações jurídicas subjetivas a que o Tribunal não atribui uma relação direta e imediata com direitos fundamentais¹⁰⁴¹. A isso acresce a circunstância de o Tribunal identificar interesses públicos ou coletivos que justificam que o legislador atribua prevalência a uma dessas posições jurídicas subjetivas.

É o caso do acórdão n.º 758/95, que se pronunciou pela violação do princípio da proporcionalidade por normas que, em última análise, pretendiam superar a colisão entre o interesse particular dos pequenos acionistas em participar na assembleia geral dos bancos e o interesse dos grandes acionistas de garantir a praticabilidade, racionalidade e eficácia dessa assembleia geral¹⁰⁴².

¹⁰⁴¹ Havendo casos dúbios, como o do acórdão n.º 302/01, que optámos por tratar no número respeitante às colisões entre direitos sociais e direitos, liberdades e garantias.

¹⁰⁴² No acórdão n.º 758/95, L. N. Almeida (participação pessoal em assembleia geral), estava em causa a norma que visava impedir a participação de mais de 300 acionistas na assembleia geral de bancos, mas que tinha como consequência a possibilidade de permitir que a assembleia tivesse menos (eventualmente, muito menos) do que 300 acionistas, embora houvesse interessados em nela participar.

Partindo da visão do Tribunal - eventualmente discutível - de que a norma apreciada no caso não afetava posições jurídicas subjetivas com natureza análoga a direitos, liberdades e garantias¹⁰⁴³, é também um caso de colisão entre bens, interesses ou valores de particulares sem natureza fundamental a situação julgada pelo acórdão n.º 491/02. Tratava-se da colisão entre o interesse de sociedade dominante, detentora de pelo menos 90% da sociedade dominada, em deter a totalidade do capital desta, e o direito societário dos pequenos acionistas da sociedade dominada (detentores de menos de 10%) a não serem desapropriados das suas participações sociais. O legislador atribuiu prevalência ao primeiro, com o fim de "favorecer a formação de grupos de sociedades constituídos por relações de domínio total, ou da "empresa plurissocietária", como novo modelo de organização empresarial".

A propósito destes dois acórdãos, valem duas observações.

Uma já foi deixada a propósito de arestos sobre normas em que o legislador atribui prevalência a posições jurídicas subjetivas filiadas num direito fundamental para, através dessa prevalência, satisfazer interesses públicos ou objetivos¹⁰⁴⁴. Também aqui, o legislador entendeu dar prevalência - e o Tribunal aceitou - a um dos interesses particulares em presença, com vista a atingir fins de natureza objetiva: num caso, "a praticabilidade, racionalidade e eficácia da assembleia geral de bancos"; no outro, "a formação de grupos de sociedades constituídos por relações de domínio total, ou da "empresa plurissocietária", como novo modelo de organização empresarial"^{1045/1046}.

¹⁰⁴³ A qualificação destas posições jurídicas subjetivas suscita dúvidas, não resultando clara do (longo) discurso do Tribunal. No acórdão sustenta-se (contra a opinião de vários vencidos) que este direito não tem a natureza de direito análogo a direito, liberdade e garantia e parece apontar-se implicitamente para a natureza de direito económico. Todavia, isso não se coaduna com a incontornável estrutura de *direito negativo* do direito dos pequenos acionistas a não serem desapropriados das suas participações sociais.

¹⁰⁴⁴ Cfr. *supra*.

¹⁰⁴⁵ Aliás, no acórdão n.º 491/02 até acaba por se inculcar, de modo algo intrigante, que este fim de interesse público ou objetivo é o *único* que deve ser tido em consideração na aplicação do princípio da proporcionalidade: "O sentido da pergunta posta pelas exigências do princípio da proporcionalidade teria, pois, no caso dos autos, de ser outro: poderia o legislador prosseguir o objectivo de favorecer a formação de grupos de sociedades constituídos por relações de domínio total *conformando* a propriedade corporativa dos sócios das sociedade por quotas e anónimas de outro modo, sem envolver uma transmissão forçada de participações sociais?"

¹⁰⁴⁶ O recurso ao parâmetro da proporcionalidade neste tipo de situações, que o segundo acórdão retira do artigo 2.º, não é todavia uniforme na jurisprudência do Tribunal, como se vê por um acórdão de poucos dias antes, acórdão n.º 391/02, relatado por Fernanda Palma.

A outra, tem um alcance doutrinário de primeira ordem: estamos perante uma das situações que mostra que o princípio não só é parâmetro primário e autónomo de fiscalização da constitucionalidade de normas, como pode ser parâmetro constitucional *único* para a apreciação de normas. Nesta colisão não está envolvido *nenhum* bem, interesse ou valor constitucionalmente garantido.

A querela de saber se parâmetros como a proibição do excesso ou do defeito ou o Estado de Direito, por si sós e até solitariamente, são parâmetros autónomos de constitucionalidade, ou se têm de estar acompanhados por outros parâmetros com energia constitucional, transparece, por exemplo, do acórdão n.º 166/10 (um dos *leading cases* da proibição do defeito¹⁰⁴⁷). Este tema será tratado mais abaixo¹⁰⁴⁸.

3.3.2.5. Colisões entre direitos e interesses de uma mesma pessoa

O Tribunal aceita a aplicação do princípio em situações de colisão de bens, interesses ou valores de uma mesma pessoa. Por exemplo, em vários acórdãos sobre as condições estabelecidas pela lei para a remição de pensões anuais vitalícias atribuídas em caso de acidentes de trabalho incapacitantes¹⁰⁴⁹, foi apreciada a proporcionalidade de medidas legislativas que limitam a autonomia da vontade do trabalhador sinistrado (impedindo-o, por exemplo, de requerer e obter a remição), com vista a garantir o que o Tribunal considera outro interesse material e constitucionalmente fundado, o acautelamento da subsistência condigna desse mesmo trabalhador ao longo de toda a sua vida¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁷ Cfr. *infra*, neste capítulo.

¹⁰⁴⁸ Cfr., designadamente, capítulo 21.

¹⁰⁴⁹ V. uma lista no acórdão n.º 314/13, F. Ventura (remição de pensão anual vitalícia). Alguns dos acórdãos, contudo, não debatem a questão na perspetiva da aplicação da proporcionalidade: v., por exemplo, acórdão n.º 302/99.

¹⁰⁵⁰ V., por todos, o citado acórdão n.º 314/13. Neste aresto, o Tribunal considerou que “não se encontra no regime infração do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2 da Constituição) (...). O montante fixado pelo legislador ordinário como limiar de relevo económico obstativo da remição, e do mesmo jeito como capaz de assegurar um mínimo de subsistência, a colocar invariavelmente a salvo da *alia* inerente à aplicação de capital, mostra-se adequado e necessário, sem ultrapassar a justa medida, face ao interesse garantístico perseguido, mormente por referência aos montantes das prestações asseguradas pelo sistema de segurança social.”

3.4. Aplicação dos pressupostos e dos segmentos

Apesar de estabelecida desde há muito uma orientação sobre a estrutura e conteúdo da proibição do excesso e dos seus segmentos, não se pode afirmar que ela seja sempre seguida ou sequer reconhecida. O panorama é idêntico se atendermos a aspetos formais. A metódica de aplicação dos pressupostos e dos segmentos não segue uma linha uniforme.

Houve ocasiões em que o Tribunal sentiu a necessidade de definir uma sequência de apreciação. No acórdão n.º 632/08 consta uma orientação sobre a ordem lógica de apreciação dos três subprincípios - adequação, necessidade, proporcionalidade e.s.e. - e a sua relação com “as circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia”. Quanto a esta segunda questão, vai-se do mais abstrato (a adequação), para o mais concreto (a proporcionalidade e.s.e.). Todavia, não se esclarece por que razão a apreciação própria da necessidade é mais concreta que a adequação, nem por que é que a proporcionalidade e.s.e. envolve a operação mais concreta de todas.

Sem embargo, este exercício metodológico é uma exceção. De um modo geral, não é sequer possível afirmar que o Tribunal segue invariavelmente uma ordem pré-estabelecida (embora o faça por vezes¹⁰⁵¹). Aliás, a própria aplicação individualizada *de todos* os segmentos, por qualquer ordem, nem sempre é realizada. Há exemplos de práticas dispare: (i) verificação da violação da proibição do excesso globalmente considerada, sem individualização nem apreciação específica de qualquer segmento¹⁰⁵²; (ii) verificação da *não violação* da proibição do excesso globalmente considerada, sem individualização nem apreciação específica de qualquer segmento¹⁰⁵³; (iii) verificação da não violação da proibição do excesso, com apreciação de apenas parte dos segmentos (sendo o mais sacrificado a proporcionalidade e.s.e., mesmo em alguns acórdãos onde se processa

¹⁰⁵¹ V., por todos, acórdão n.º 187/01.

¹⁰⁵² Ou sem a demonstração específica da violação de algum segmento: v. acórdão n.º 646/06; v., também, acórdão n.º 67/07, que entendeu que uma norma que fazia depender o não pagamento de taxas moderadoras em instituições do SNS da apresentação do cartão de utente viola o princípio da proporcionalidade.

¹⁰⁵³ V. acórdãos n.ºs 594/03, 376/05.

uma exaustiva argumentação¹⁰⁵⁴); (iv) verificação da violação da proibição do excesso, com apreciação de apenas parte dos segmentos¹⁰⁵⁵; (v) conclusão pela não violação da proibição do excesso, com apreciação dos três segmentos¹⁰⁵⁶; (vi) verificação da violação da proibição do excesso com apreciação dos três segmentos¹⁰⁵⁷.

Falta também uma linha uniforme sobre a eventual prejudicialidade da apreciação e verificação da infração de um dos segmentos em relação aos demais. A tendência é para a não apreciação da proporcionalidade e.s.e. quando se encontra uma violação de algum dos segmentos "anteriores", por norma a necessidade¹⁰⁵⁸. Mas isso nem sempre é assim¹⁰⁵⁹.

O panorama geral que resulta da aplicação da proibição do excesso assenta nas seguintes observações empíricas: (i) a legitimidade do fim raramente é autonomizada, apreciada e fundamento para a declaração de inconstitucionalidade; (ii) são raras as situações de declaração de inadequação; (iii) há uma manifesta hipertrofia do segmento da necessidade, sendo de longe aquele cuja violação mais declarações de invalidade fundamenta; (iv) é limitado o número de casos que chegam à apreciação da proporcionalidade e.s.e.; (v) nem todos os casos que chegam a essa etapa suscitam uma franca apreciação da proporcionalidade e.s.e. e uma clara e assumida operação de ponderação; (vi) são raras as situações em que se promove um processo de ponderação adequadamente argumentado; (vii) são raras as situações em que uma norma legislativa é considerada inválida por violação da proporcionalidade e.s.e.; (viii) episodicamente, o Tribunal admitiu outros segmentos além dos três comumente aceites.

¹⁰⁵⁴ V., por todos, acórdãos n.ºs 76/85 (só adequação e sem referência ao princípio da proporcionalidade) e 187/01 (adequação e necessidade).

¹⁰⁵⁵ V. acórdãos n.ºs 486/04 (necessidade e proporcionalidade e.s.e.) e 609/07 (proporcionalidade e.s.e.).

¹⁰⁵⁶ V. acórdãos n.ºs 491/02, 530/07, 20/10 (muito sumariamente) e 612/11.

¹⁰⁵⁷ V. acórdão n.º 88/04.

¹⁰⁵⁸ Assim, acórdão n.º 119/10, n.º 16.4.

¹⁰⁵⁹ V. acórdãos n.ºs 88/04 (pronuncia-se sucessivamente pela violação da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade e.s.e.), 486/04 (pronuncia-se sucessivamente pela violação da necessidade e da proporcionalidade e.s.e.), 173/09 (pronuncia-se sucessivamente pela violação do fim legítimo/adequação e da proporcionalidade e necessidade) e 313/13 (pronuncia-se sucessivamente pela violação da adequação e da necessidade).

Estas observações empíricas são sucessivamente demonstradas nos parágrafos que se seguem.

3.4.1. Rara autonomização e apreciação da legitimidade do fim

Mesmo nas ocasiões em que o Tribunal vai mais a fundo no esforço analítico de identificação das várias fases, etapas ou componentes da proporcionalidade, não há normalmente referências à exigência da legitimidade do fim. Em algumas ocasiões, o Tribunal especifica que o parâmetro da proporcionalidade envolve a apreciação de uma relação meio-fim, mas isso não tem forçosamente a consequência da autonomização da operação de identificação precisa do fim da norma e de apreciação da sua legitimidade. É possível até apontar exemplos em que o Tribunal aprecia a proporcionalidade sem que se possa intuir qual o fim que imputa (ou que entende que o legislador imputou) à norma¹⁰⁶⁰.

Quando enfrenta dificuldades na determinação do fim, a sua atitude pode variar. Nuns casos, opta pela declaração da inconstitucionalidade da norma. No acórdão n.º 473/92 (não obstante alguma dificuldade na identificação da linha argumentativa), foi declarada a inconstitucionalidade de norma sobre incompatibilidades eleitorais, aparentemente por o legislador não ter identificado cabalmente o fim que justificava a restrição dos direitos em causa (direitos de participação política)¹⁰⁶¹. Mas há também situações em que, perante a dificuldade em discernir o fim da norma legislativa, o Tribunal vai até ao limite da definição oficiosa de um fim, evitando invalidar a norma simplesmente por indeterminabilidade do fim. Por exemplo, no acórdão n.º 88/04 o Tribunal não pôde determinar com segurança o fim prosseguido pela norma, admitindo vagamente objetivos políticos de proteção e

¹⁰⁶⁰ Assim, acórdão n.º 646/06. O Tribunal declarou a inconstitucionalidade da norma que limitava a prova em certos processos tributários à prova testemunhal dizendo, designadamente, que essa constrição "não se revela ponderada e adequada em face do direito fundamental que deflui do artigo 20.º da Constituição". Ou seja, aparentemente a adequação é avaliada não com referência ao fim da norma mas ao direito sacrificado.

¹⁰⁶¹ Acórdão n.º 473/92, n.º 2.2. A *ratio* argumentativa perde alguma clareza na medida em que, ao mesmo tempo que fala de desproporção e da onerosidade excessiva da norma (embora estivesse apenas em causa, aparentemente, a indeterminação do fim), menciona a afetação do princípio da confiança e a redução do conteúdo essencial do direito.

incentivo do casamento, ou de redução da necessidade de fazer intervir fundos públicos¹⁰⁶².

Neste contexto de relativa secundarização da questão da legitimidade do fim, não são frequentes as situações em que uma norma é invalidada por ausência ou indeterminação de fim legítimo. Um dos raros exemplos é fornecido pelo conjunto formado pelos acórdãos n.ºs 564/07 e 173/09, ambos relatados por SOUSA RIBEIRO. Em causa, no primeiro, a norma que cominava a inabilitação do insolvente como efeito necessário da situação de insolvência; no segundo, essa mesma norma, mas apenas na dimensão em que atingia especificamente o administrador de sociedade comercial declarada insolvente. Recusando que o fim dessa norma pudesse ser a defesa dos interesses dos credores ou a defesa dos interesses gerais do tráfego ou qualquer finalidade do processo de insolvência e imputando-lhe apenas finalidades punitivas, o Tribunal entendeu que a norma contrariava o artigo 26.º, conjugado com o artigo 18.º (sem indicação de número¹⁰⁶³), da Constituição. No primeiro acórdão, não é feita qualquer referência à ilegitimidade do fim, referindo-se apenas que a inabilitação e as consequências que ela envolve não podem deixar de ser vistas como inadequadas e excessivas.

No acórdão n.º 173/09 (que declara inconstitucional com força obrigatória geral a norma apreciada), todas as dúvidas que o anterior pudesse suscitar são superadas: "No quadro desta posição, a solução em causa contraria o princípio da proporcionalidade logo no primeiro patamar do controlo da sua observância, pois a "legitimidade constitucional dos fins prosseguidos com a restrição", bem como a "legitimidade dos meios utilizados" constituem um "pressuposto lógico" da sua idoneidade"¹⁰⁶⁴.

Este aresto é, além do mais, relevante pela adesão à teoria da união entre a exigência do fim legítimo e a adequação, que alguns autores têm proposto em alternativa à plena autonomização desses dois momentos¹⁰⁶⁵. No acórdão n.º 173/09, o Tribunal considerou a legitimidade constitucional do fim um *pressuposto lógico da*

¹⁰⁶² V., também, o acórdão n.º 88/04, onde o tribunal chega a pronunciar-se pela não adequação ao fim visado "qualquer que este seja" entre vários aventados.

¹⁰⁶³ Omissão corrigida no acórdão n.º 173/09.

¹⁰⁶⁴ N.º 8.

¹⁰⁶⁵ Em Portugal, v. **Novais, Os princípios ...**, p. 166.

idoneidade. A apreciação da legitimidade do fim constituiria o *primeiro patamar* do controlo da observância da proibição do excesso. A ilegitimidade do fim implicaria, conseqüentemente, a violação do subprincípio da idoneidade e, por essa via, do princípio da proibição do excesso. Não se explica por que é que o fim legítimo é pressuposto do segmento da idoneidade (ou adequação), só deste ou particularmente deste, sabendo-se que a *ausência* ou *indeterminação* de um fim legítimo, não apenas torna impossível ajuizar sobre a adequação do meio, como também da sua necessidade e da sua proporcionalidade e.s.e.¹⁰⁶⁶.

Essa opção doutrinal não é aparentemente retomada no acórdão n.º 119/10, onde se distingue e se autonomiza o "objetivo legítimo" do "meio idóneo"¹⁰⁶⁷

Ainda outro exemplo de invalidação de norma por *ausência* ou *insubsistência* de um fim legítimo, extrai-se do acórdão n.º 612/11. O Tribunal julgou que a norma que obriga instituições do setor social a constituírem sociedades comerciais para acesso à propriedade de farmácias e à atividade farmacêutica é justificada quando aquelas instituições competem normalmente no mercado, mas não quando agem fora do mercado, no seu espaço próprio, como entidades não lucrativas. No primeiro caso, isso é justificado pelo *fim legítimo da proteção da livre concorrência*. No segundo caso, esse fim não pode ser invocado - porque não existe concorrência -, pelo que falece um fim legítimo para a imposição daquele requisito. Todavia, embora seja um dos acórdãos que mais perto fica de identificar precisamente qual o vício que está em causa, a ausência de fim legítimo¹⁰⁶⁸, limita-se a concluir que a norma contém uma "solução que não observa as exigências de equilíbrio decorrentes do princípio da proibição do excesso"¹⁰⁶⁹.

O Tribunal parece adotar em geral uma atitude não exigente em relação à base constitucional, admitindo que o legislador prossiga fins que não têm direta consagração constitucional. Um dos exemplos porventura mais evidentes é o do fim

¹⁰⁶⁶ Teremos oportunidade de salientar essas dificuldades *infra*, ilustrando-as com o acórdão n.º 88/04.

¹⁰⁶⁷ Acórdão n.º 119/10, n.º 15.3.

¹⁰⁶⁸ É, aliás, um dos raros acórdãos onde se emprega expressamente a noção de "*finalidade legítima*" e se averigua da sua existência: v. n.º 7.

¹⁰⁶⁹ Acórdão n.º 612/11.

da redução da despesa pública e da correção de um excessivo desequilíbrio orçamental¹⁰⁷⁰.

3.4.2. Raras situações de declaração de inadequação

Não são muitos os casos de declaração da inadequação, o que está em linha com o que sucede em jurisdições constitucionais de outros países. A aplicação de critérios de evidência (que implicam a inconstitucionalidade apenas em casos de inadequação *evidente* ou *manifesta*), a exigência apenas de uma eficiência ou intensidade de satisfação mínimas do fim e a dificuldade de distinguir em certas circunstâncias o que é que respeita à adequação e o que é do domínio da necessidade, provocam a menorização ou subalternização do juízo sobre a adequação.

Um dos raros exemplos consta do acórdão n.º 88/04. Considerou-se aí que é "no mínimo duvidoso" que o condicionamento do direito à pensão de sobrevivência de unido de facto sobrevivo à produção de prova de indigência "possa ser considerado um instrumento adequado e aceitável para a prossecução de eventuais objetivos políticos de proteção ou incentivo ao casamento"¹⁰⁷¹.

Em alguns casos, a invalidação por inadequação resulta apenas de se aplicar uma *modulação alta* do segmento.

Um exemplo demonstrativo dessa situação é o acórdão n.º 313/13. Sob apreciação estava uma norma que, visando o reforço da tutela dos direitos dos consumidores, estabelecia coimas para os casos em que o livro de reclamações não fosse apresentado (pelo fornecedor de bens ou serviços) quando solicitado pelo consumidor.

Simplificando a situação, se o livro não fosse apresentado a coima mínima fixada era de €15 000. O consumidor podia chamar a autoridade policial, podendo o livro ser então apresentado ou não, mas o limite mínimo da coima seria sempre o mesmo. O relator, PEDRO MACHETE, considerou a solução inidónea, apoiando-se no seguinte

¹⁰⁷⁰ Acórdão n.º 187/13, n.º 29.

¹⁰⁷¹ Acórdão n.º 88/04, n.º 10.6. Este acórdão considerou também infringidos os segmentos da necessidade e da proporcionalidade e.s.e.

raciocínio: se depois de o consumidor chamar a polícia o montante mínimo da coima for sempre o mesmo, haja ou não disponibilização do livro, o fornecedor de bens ou serviços não tem nenhum incentivo em facultar o livro, pelo que a fixação do montante mínimo da coima nesses termos não é adequada para o reforço da tutela do direito dos consumidores a utilizar o livro de reclamações.

Ora, na verdade, o que o Tribunal aplicou é uma *modulação alta* do segmento da adequação. A ameaça da aplicação de uma coima agravada para os casos de não apresentação do livro de reclamações quando requerido pelo consumidor, quaisquer que sejam os termos em que esteja prevista, é adequada para pressionar o fornecedor do bem ou serviço a apresentá-lo prontamente quando requerido, pelo que é suscetível de aproximar a consecução do fim pretendido, ou seja, o reforço da tutela do(s) direito(s) dos consumidores. Pode é dizer-se que não é a *mais adequada* ou a *mais eficiente* para atingir esse objetivo: como aponta o próprio relator, uma solução legislativa que diferenciasse entre a situação em que, após uma inicial recusa da apresentação do livro, a intervenção de um gerente ou mesmo a comparência da autoridade policial tivesse como efeito a apresentação do livro, de modo a que o consumidor exercesse o seu direito de reclamação, e a situação em que o livro não fosse de todo apresentado em nenhuma circunstância, mesmo depois da comparência do agente da autoridade, poderia ser *mais eficiente* ou *mais adequada*. Essa diferenciação é mais incentivadora à apresentação do livro, após a recusa inicial, do que se a coima for igual para as situações em que o livro é e não é apresentado. O fim é prosseguido de forma mais eficiente (e menos drástica, mas isso já é uma questão da necessidade, também discutida no acórdão), mas a exigência da procura de um nível de eficiência superior ao mínimo é própria de uma modulação *alta* da adequação. Adiante, avaliaremos a correção desta orientação.

3.4.3. Hipertrofia do segmento da necessidade

Se atendermos ao direito comparado, não é novidade a tendência para as pronúncias de inconstitucionalidade assentarem sobretudo na verificação da não necessidade

da opção legislativa, por vezes de forma apenas sub-reptícia¹⁰⁷². Essa tendência começou a esboçar-se logo nos primeiros casos em que o princípio foi usado.

No acórdão n.º 4/84, julgava-se um caso de inelegibilidades locais, instituídas com o fim da salvaguarda da transparência, rigor e isenção na gestão dos negócios públicos. Apesar de se dizer a certo passo que a inelegibilidade era desproporcionada, por não existir direito ou interesse constitucionalmente protegido que a justificasse (o que poderia ser entendido como um juízo de ausência de fim constitucionalmente permitido, ou legítimo)¹⁰⁷³, em rigor estava em causa a violação do segmento da necessidade: não havia “necessidade do recurso a um meio tão gravoso e radical como é o da suspensão da capacidade eleitoral passiva”¹⁰⁷⁴, bastando um sistema de impedimentos.

Também é um caso de desnecessidade, embora isso não seja explicitado, o do acórdão n.º 103/87. O Tribunal pronunciou-se pela desnecessidade de proibir a agentes militarizados da PSP a convocação de reuniões não públicas, bem como o uso da palavra, fazer parte da mesa, ou qualquer outra função, se trajarem civilmente; de proibir o uso da palavra, fazer parte da mesa, ou outras funções em reuniões partidárias de carácter não público, se trajarem civilmente; de proibir filiação política ou partidária e participação em atividades não públicas; e ainda de restringir o direito de petição, dirigido aos órgãos de soberania sobre assuntos políticos.

No acórdão n.º 64/88 foi julgada inconstitucional, por não estritamente necessária para garantir a organização e gestão democrática, a norma que obrigava que a dissolução de associação sindical fosse aprovada pelo voto favorável de $\frac{3}{4}$ de todos os associados¹⁰⁷⁵.

No acórdão n.º 189/88 foi julgada inconstitucional norma que estabelecia inelegibilidades de Deputado à AR em eleições regionais, por ser desnecessária: a prossecução do interesse em causa (impedir situações de duplo mandato) podia ser

¹⁰⁷² **Trias/Ruiz**, «Los principios...», p. 5, detetam uma tendência semelhante na jurisprudência do TC espanhol.

¹⁰⁷³ Acórdão n.º 4/84, n.º 5

¹⁰⁷⁴ *Idem*.

¹⁰⁷⁵ Acórdão n.º 64/88, n.º 2.3.

satisfeito com medidas menos drásticas (incompatibilidades do exercício de dois mandatos, por exemplo).

No acórdão n.º 392/89, estava em causa norma de portaria de extensão (um ato não legislativo) que implicava que quando uma empresa vencesse um concurso para a prestação de serviços de limpeza num determinado local de trabalho, tivesse de ficar com os trabalhadores da empresa que perdesse o concurso, se esta estivesse anteriormente a prestar aquele serviço no referido local de trabalho. Julgou-se que a restrição imposta à liberdade negocial da empresa vencedora do concurso, embora *adequada*, não era *necessária* para garantir a manutenção dos postos de trabalho dos trabalhadores que prestavam serviços de limpeza naquele local. Havia outros meios de eles manterem os postos de trabalho que não implicava uma restrição tão drástica à liberdade de contratar¹⁰⁷⁶.

No acórdão n.º 62/91, julgou-se a restrição do direito de acesso aos tribunais, no contexto de processos de remição da colónia, na Madeira. Contudo, mesmo admitindo que se tratava de restrição que visava promover o bom funcionamento dos tribunais e melhorar a administração da justiça, evitando o bloqueamento dos tribunais com ações dilatórias, o Tribunal julgou-a desproporcionada por não se limitar ao mínimo requerido pela tutela deste interesse, isto é, violava o segmento da necessidade.

No acórdão n.º 363/91, a discussão andou em torno da necessidade, mas em bom rigor antes da necessidade poderia ter-se colocado uma questão de adequação. A norma julgada cominava com a perda do direito de objeção de consciência em casos de condenação por crimes punidos com pena superior a um ano, mesmo praticados sem dolo, ou em casos em que o crime não contrariava a convicção de consciência (por exemplo, crime de desobediência à ordem de dispersão de reunião pública). Essas medidas não eram necessárias para prosseguir o fim desejado. Todavia, antes de se pôr a questão da necessidade, havia um problema de adequação: a medida não tinha sequer a potencialidade abstrata de promover ou aproximar o fim desejado, isto é, de contrariar e sancionar as invocações falsas de objeção de consciência. A

¹⁰⁷⁶ Trata-se de uma situação típica em que a referência a um fim mais específico – a prestação do trabalho *no mesmo local de trabalho* – poderia salvar a necessidade da medida, diferentemente do que se passou, por se ter considerado um fim menos específico – a preservação *dos postos de trabalho* dos trabalhadores da empresa perdedora.

ameaça de perda ou a perda efetiva do direito à objeção de consciência em situações em que não há intenção do resultado do crime, ou em que o crime pode mesmo estar relacionado com a objeção de consciência, não é suscetível de qualquer eficiência na prevenção ou penalização de falsos objetores de consciência.

No acórdão n.º 123/92, aparentemente a declaração de inconstitucionalidade também resultou da violação do segmento da necessidade, embora se invocasse simplesmente a violação da proporcionalidade. A norma cominava a suspensão automática das funções e vencimento de funcionário em caso de despacho de pronúncia, ou equivalente, em certos crimes. O juiz constitucional entendeu que o fim da norma era a defesa e o prestígio dos serviços públicos. Eventualmente, no caso, haveria medidas alternativas menos interferentes (ou drásticas, para utilizar expressão que o Tribunal utilizou noutros acórdãos) capazes de satisfazer o mesmo fim. Mas isso não é debatido no acórdão, pelo que apenas se pode presumir que tenha sido uma ideia de desnecessidade a sustentar a declaração de inconstitucionalidade.

No acórdão n.º 273/92, aparentemente mais um caso de desnecessidade: diz-se que não se justifica a solução drástica de ausência de regime transitório que permita aos mandatos atingir o seu termo natural¹⁰⁷⁷.

No acórdão n.º 758/95, foi apreciada a constitucionalidade de norma que, pretendendo evitar que as assembleias gerais de bancos tivessem a participação de mais de 300 acionistas, de modo a garantir a sua eficácia, praticabilidade e racionalidade, estabelecia um esquema de seleção dos acionistas que poderiam participar. Contudo, a aplicação prática desse esquema excluía todos os pequenos acionistas (os que tivessem menos de 1/300 das ações) e podia, inclusive, implicar a participação de muito menos do que 300 na assembleia geral. Aceitando-se como legítimo o fim de reduzir a dimensão das assembleias gerais dos bancos, o legislador tinha ido, todavia, “além do *necessário e do adequado* na definição do critério que permite restringir a 300 o número de presenças, impedindo injustamente, e sem motivo razoável, que muitos pequenos accionistas participem na assembleia

¹⁰⁷⁷ Todavia, de uma só vez, diz-se que a medida é “desproporcionada e onerosamente excessiva, atentatória do núcleo do direito fundamental em causa e redutora do seu conteúdo essencial (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição)”: n.º 2.3.

geral”¹⁰⁷⁸. Alternativa disponível: por exemplo, “resultaria se se limitasse a participação na assembleia geral aos trezentos maiores accionistas ou grupos de accionistas”

No acórdão n.º 486/04, há também nominalmente um juízo de desnecessidade (desta feita acompanhado por um juízo de não proporcionalidade e.s.e.): o relator PAULO MOTA PINTO conclui que, para salvaguarda da certeza e segurança jurídicas e do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do investigado, há meios alternativos disponíveis menos onerosos para o direito ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade do que o estabelecimento, numa norma do Código Civil, de um prazo muito curto de caducidade da ação de investigação da maternidade e da paternidade¹⁰⁷⁹. É de assinalar que, na circunstância, apesar da não necessidade, o relator realizou também a apreciação da proporcionalidade e.s.e., tendo também encontrado uma violação desse segmento¹⁰⁸⁰.

Adiante verificaremos que este juízo de necessidade se deve considerar atípico e insuscetível de enquadramento na própria noção predominantemente aceite pelo Tribunal.

¹⁰⁷⁸ Acórdão n.º 758/95, n.º 19. Acrescentava ainda: “para evitar que mais de 300 pessoas estejam presentes na assembleia geral - acaba desnecessariamente por impedir que nela estejam presentes ou sequer representados os pequenos accionistas que não tenham oportunidade de agrupar-se, mesmo quando o número total dos que pretendam participar na assembleia geral seja inferior ao limite de 300 estabelecido pelo legislador”. Aludia entretanto a uma alternativa disponível: limitação da participação na assembleia geral aos trezentos maiores accionistas ou grupos de accionistas.

¹⁰⁷⁹ “(S)ão possíveis, como se disse, *alternativas*, quer ligando o direito de investigar às reais e concretas possibilidades investigatórias do pretenso filho, sem total imprescritibilidade da ação (por exemplo, prevendo um *dies a quo* que não ignore o conhecimento ou a cognoscibilidade das circunstâncias que fundamentam a acção), quer para obstar a situações excepcionais, em que, considerando o contexto social e relacional do investigador, a invocação de um vínculo exclusivamente biológico possa ser abusiva, não sendo de excluir, evidentemente, o tratamento destes casos-limite com um adequado “remédio” excepcional (seja ele específico – cfr. o regime referido do Código Civil de Macau – ou geral, como o abuso do direito, considerando-se ilegítimo desprezar os efeitos pessoais a ponto de se considerar a paternidade como puro interesse patrimonial, a “activar” quando oportuno).”: acórdão n.º 486/04, n.º 19.

¹⁰⁸⁰ “No actual contexto, [o] regime [de caducidade do direito de ação de impugnação da maternidade ou da paternidade ao fim de um curto período de tempo após a maioridade] passou a traduzir uma apreciação *manifestamente incorrecta* dos interesses ou valores em presença, em particular, quanto à intensidade e à natureza das consequências que esse regime tem para cada um destes: (...) os prejuízos, designadamente não patrimoniais, que advêm da *perda, aos vinte anos de idade, do direito a saber quem é o pai*, [apresentam-se] *claramente desproporcionados* em relação às desvantagens eventualmente resultantes, para o investigado e sua família, da acção de investigação (quer esta proceda – caso em que só será mais evidente a falta de justificação para invocar estes interesses –, quer não)”: acórdão n.º 486/04, n.º 19.

No acórdão n.º 612/11, embora sem referir textualmente a violação do segmento da necessidade, a decisão foi nesse sentido. Entendeu-se que, atendendo aos fins visados (garantir o funcionamento do mercado farmacêutico de acordo com regras de concorrência justas), era desnecessária a “imposição da forma societária enquanto requisito para que as entidades do sector social possam ser titulares de farmácias, mesmo quando, através delas, desejem prosseguir a actividade farmacêutica no seu espaço próprio, fora do mercado, sem fins lucrativos, com puros objectivos de solidariedade social”¹⁰⁸¹.

No acórdão n.º 313/13 (estudado no número anterior), depois de ser considerada inidónea, foi considerada desnecessária a solução legislativa de fixar limites mínimos de coimas igualmente aplicáveis independentemente de o livro de reclamações ser ou não facultado depois da recusa inicial. Haveria soluções menos drásticas (menos inflexíveis, ou menos insensíveis às diferentes intensidades de satisfação do fim em causa) e mais satisfatórias.

Não existem muitas indicações sobre como o Tribunal encara as situações em que os meios alternativos disponíveis são eventualmente menos onerosos para os bens, interesses ou valores sacrificados, mas são mais dispendiosos, ou envolvem o comprometimento de mais recursos materiais ou financeiros públicos. No entanto, existem indicações de que o Tribunal segue, sem grande elaboração teórica, a tendência de outras jurisdições constitucionais. Isso resulta claro, por exemplo, no acórdão n.º 340/13, quando o Tribunal declara que a solução normativa em causa é necessária “em virtude da mesma corresponder (...) a um meio exigível no sentido de obter o fim da eficiência do sistema fiscal, objetivo esse que não se mostra que seria alcançável através de mecanismos alternativos *que se revestiriam de excessiva onerosidade* para a Administração Tributária, quer pelo *dispêndio de recursos* e de tempo, quer pelo risco de ineficácia, face à complexidade, dimensão e multiplicidade de atividades e situações a que têm de responder os modernos sistemas fiscais, no quadro de uma “Administração de massas”.

Embora não haja elementos suficientes para se poder falar de uma orientação estável do Tribunal, encontram-se expressões daquilo que designaremos (e, em certa medida, refutaremos) por *conceção restrita*, de índole subjetivista, quanto à

¹⁰⁸¹ Acórdão n.º 612/11, n.º 8.

delimitação dos meios alternativos a serem objeto de comparação¹⁰⁸²: esses meios alternativos têm de ser (i) tão idóneos ou eficazes para obter o mesmo resultado em termos de intensidade de realização do fim de interesse público, (ii) com menor onerosidade para *os titulares das posições jurídicas afetadas*¹⁰⁸³. Ou seja, há uma redução do universo das medidas alternativas de acordo com um critério *subjetivo*. Para serem consideradas alternativas, terão de ser meios que se reportem ao mesmo universo subjetivo.

3.4.4. A incomodidade (?) na avaliação da proporcionalidade e.s.e.

O segmento da proporcionalidade e.s.e. é aquele que levanta maiores dificuldades quando se pretende traçar um fio condutor da jurisprudência constitucional. Isso não surpreende: é uma réplica do que sucede noutras ordens constitucionais. Certamente que o Tribunal fica longe de experimentar qualquer fórmula de matematização da ponderação "*a la ALEXY*"¹⁰⁸⁴, tal como sucede com outros tribunais constitucionais, a começar pelo alemão. Longe de qualquer formalização ou esquematização, a impressão geral é que o Tribunal denota frequentemente alguma dificuldade, ou talvez relutância, no exercício de operações de ponderação¹⁰⁸⁵. Em alguns casos, há discrepância entre o *programa* pré-anunciado e a tarefa realizada: anuncia-se a proporcionalidade (em sentido amplo ou estrito) e a ponderação, mas esta não é efetivamente realizada¹⁰⁸⁶. Mas também pode suceder que o seja sem qualquer aviso prévio ou admissão do facto.

¹⁰⁸² Sobre isto v. *infra*, capítulo 16.

¹⁰⁸³ Acórdão n.º 187/13, n.º 81.

¹⁰⁸⁴ Nota-o também **Morais, Curso...**, II, 2, p. 683. V., contudo, o que dizemos *infra* sobre o acórdão n.º 418/13.

¹⁰⁸⁵ A leitura é talvez impressionista e subjetiva. V., por exemplo, **Morais, Curso de Direito Constitucional...**, tomo II, vol. 2, p. 475, falando antes de "grande desenvoltura, quiçá por vezes excessiva".

¹⁰⁸⁶ Pode alegar-se que esse fenómeno também tem vindo a ser crescentemente observado na jurisprudência mais recente do TC alemão: cfr., por todos, **Šušnjar, Proportionality...**, p. 146. Todavia, isso tem uma explicação que não vale (ainda) para o TC português: depois de longas décadas a ponderar, o TC alemão chegou a parâmetros materiais sobre os temas mais recorrentes que,

3.4.4.1. Não avaliação

A não avaliação pode decorrer de o Tribunal pura e simplesmente não fazer a averiguação do cumprimento de nenhum dos segmentos, mesmo quando pré-anuncia a aplicabilidade (e a aplicação) do princípio da proporcionalidade¹⁰⁸⁷, ou de apurar a inobservância de algum dos segmentos a montante. Mas também pode resultar do facto de o Tribunal simplesmente prescindir de realizar a apreciação da proporcionalidade e.s.e., sem justificação expressa¹⁰⁸⁸. Neste último caso, há uma fuga à própria ponderação nas suas diferentes matizações¹⁰⁸⁹.

3.4.4.2. Fuga ao reconhecimento de que se pondera

Em alguns casos não há "fuga" à ponderação, mas há ponderação implícita, ou "fuga" à admissão de que se está a realizar um processo ponderativo¹⁰⁹⁰.

Mesmo quando não se pode falar de fuga à apreciação da proporcionalidade e.s.e., a operação de ponderação pode ser realizada de forma sumária e a adesão do Tribunal à linguagem da ponderação, da comparação de pesos e importâncias, é subliminar, superficial ou camuflada em fórmulas que, não raro, escondem a própria atividade de *balancing* de bens, interesses e valores¹⁰⁹¹.

embora não vigorando o sistema de precedente, podem hoje ser aplicados com muita dedução e pouca ponderação adicional.

¹⁰⁸⁷ V., por exemplo, acórdãos n.ºs 644/98 e 67/07.

¹⁰⁸⁸ Por exemplo, acórdão n.º 187/01.

¹⁰⁸⁹ Como **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 462, refere sobre o *BVerfG*, pode-se dizer que o Tribunal fala mais da proporcionalidade e.s.e. do que a aplica.

¹⁰⁹⁰ V., por exemplo, acórdãos n.º 309/01, n.º 3.6. ou n.º 594/03, n.º 11. 1.

¹⁰⁹¹ Por exemplo, acórdão n.º 458/93, onde foi contrapesado de forma sub-reptícia o dever de imediata denúncia da prática de um crime e os interesses da salvaguarda da independência do país, da integridade do seu território, da segurança interna e externa.

3.4.4.3. Ponderação sem alicerces seguros

Encontram-se situações em que se assume a necessidade de ponderar, mas em que a possibilidade de uma ponderação metodicamente impecável esbarra com a ausência de alicerces seguros, resultante, designadamente, de os passos lógicos de aplicação do princípio não serem integralmente preenchidos. Por exemplo, no acórdão n.º 88/04, o Tribunal apreciou uma norma que fazia depender a atribuição de pensão de sobrevivência a quem tinha vivido em união de facto com beneficiário da Caixa Geral de Aposentações, por morte deste, da prova do direito do companheiro sobrevivente a receber alimentos da herança do companheiro falecido, o qual teria de ser invocado e reclamado na herança do falecido, com o prévio reconhecimento da impossibilidade da sua obtenção. Ora, à cabeça o Tribunal não pôde determinar com segurança o *fin* prosseguido com esta norma, admitindo vagamente objetivos políticos de proteção e incentivo do casamento, ou de redução da necessidade de despendar fundos públicos, remetendo para entidades privadas a solução de uma situação de eventual carência económica. Nesse contexto, falhando um pressuposto da aplicabilidade da proporcionalidade – a existência de um *fin* *legítimo* –, poderia o exame da norma ter ficado logo por aí. Prossequindo a sua apreciação, a aplicação da proporcionalidade assentou em bases pouco seguras. Concluiu-se pela inadequação da medida ao fim visado “qualquer que este seja”¹⁰⁹² e pela sua desnecessidade para o satisfazer (mesmo não estando definido seguramente qual era). Apurou-se, por outro lado, a violação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, sem nenhuma operação de ponderação da intensidade dos efeitos sacrificiais e da intensidade dos efeitos de satisfação dos bens, interesses ou valores em colisão, porque esta era, em boa verdade, impossível: embora se soubesse quais os bens, interesses ou valores que os efeitos da norma atingiam (os dos artigos 36º, n.º 1, e 61º, n.ºs 1 e 3, da CRP), não se sabia verdadeiramente quais os bens, interesses ou valores que a norma pretendia satisfazer.

¹⁰⁹² Acórdão n.º 88/04, n.º 10.6.

3.4.4.4. Tendência para a não declaração da violação da proporcionalidade e.s.e.

Mesmo quando haja apreciação assumida da proporcionalidade e.s.e., a tendência mais pronunciada é para a não declaração da violação desse segmento. A razão disso, pode ser uma excessiva frugalidade ou até esvaziamento do juízo ponderativo¹⁰⁹³, uma atitude de deferência para com os juízos efetuados pelo legislador, baseada, ou não, na realização de juízos ponderativos do próprio Tribunal ou, ao invés, a exaustiva ponderação do Tribunal.

Claramente deferencial é a ponderação realizada no acórdão n.º 159/07, incidente sobre a norma que permite a remição do arrendamento rural. Ponderando-se “se o prejuízo que ela causa ao senhorio (ablação do direito de propriedade) é ou não desproporcionado em relação ao benefício que com ela se espera obter (consolidação da posição jurídica do rendeiro relativamente à terra que cultiva e às benfeitorias nela realizadas)”¹⁰⁹⁴, conclui-se que essa ponderação “pressupõe uma avaliação material que se encontra muito próxima dos limites do poder jurisdicional, na fronteira com o poder legislativo.” Não constituindo a opção legislativa “erro manifesto de apreciação” “entende-se que (...) o legislador deve beneficiar do mencionado crédito de confiança (...)”¹⁰⁹⁵.

Menos notoriamente deferencial, é o exercício do acórdão n.º 340/13. Entre outras questões, estava em causa saber se o direito do arguido a não contribuir para a sua própria incriminação (“*nemo tenetur se ipsum accusare*”) era validamente restringido pelas normas que permitiam a utilização de documentos obtidos por uma inspeção tributária ao abrigo do dever de cooperação do contribuinte, como prova em processo criminal pela prática do crime de fraude fiscal movido contra este. Contrapesando-se a restrição ao direito (ou princípio) à não autoincriminação e os valores constitucionais que se pretendiam salvaguardar com essa restrição (*grosso modo*, o interesse da fiscalização do cumprimento dos deveres fiscais e, mais remotamente, as finalidades do sistema fiscal), concluiu-se que não se verificava a lesão da proporcionalidade e.s.e. As opções legislativas são “equilibradas, visto que

¹⁰⁹³ V., entre muitos, os acórdãos n.ºs 491/02 e 594/03.

¹⁰⁹⁴ N.º 14.

¹⁰⁹⁵ *Idem*.

contém mecanismos flaqueadores que salvaguardam uma adequada ponderação dos concretos bens jurídicos constitucionais em confronto, ou seja, entre o direito que é objeto de restrição e dos valores ou interesses que justificam a restrição”¹⁰⁹⁶. Outro bom exemplo de uma metódica ponderativa que, todavia, não desemboca na declaração de inconstitucionalidade, é o acórdão n.º 418/13, sobre a realização de análises de sangue a condutores inconscientes, intervenientes em acidentes de viação, para efeitos de eventual responsabilização criminal. O Tribunal contrapesou os bens, interesses ou valores da integridade física, da reserva da vida privada e da proibição de provas obtidas com violação da integridade física, com os bens, interesses ou valores da pretensão punitiva do Estado e da proteção do bem jurídico *segurança rodoviária*, (e, reflexamente, da tutela da vida e integridade pessoal, bem como do direito à propriedade privada). Depois da apreciação das interferências em causa – a realização de análises de sangue, mesmo sem o assentimento do condutor acidentado e inconsciente - e do seu *modus faciendi*, concluiu que o grau de interferência na integridade física daí resultante era “ *muito baixo* ”, constituindo uma “*reduzida interferência*” com “*reduzida intensidade*”¹⁰⁹⁷. Por outro lado, o alcance intrusivo da intervenção no “direito à reserva da vida privada”, era “*reduzido*”¹⁰⁹⁸. Em contrapartida, pode-se interpretar o acórdão em termos de admitir que os bens, interesses ou valores que o legislador visava proteger, isto é, diretamente, o bem da segurança rodoviária e, reflexamente, a tutela da vida e integridade pessoal, bem como o direito à propriedade privada¹⁰⁹⁹, têm importância *elevada*. Não seria

¹⁰⁹⁶ Acórdão n.º 340/13.

¹⁰⁹⁷ Acórdão n.º 418/13, n.º 8.

¹⁰⁹⁸ *Idem*: “apesar de corresponder a uma ingerência no direito à esfera pessoal de privacidade do examinando, tem um alcance intrusivo reduzido, porquanto apenas implica a recolha, para fins restritos e legalmente delimitados, de uma amostra de um material biológico preciso, revelador de limitadas informações acerca da vida privada do visado, realizada no recato conatural ao contexto hospitalar, por pessoal de saúde sujeito a segredo profissional”.

¹⁰⁹⁹ Acórdão n.º 418/13, n.º 6. Apesar de se tratar de um dos acórdãos que desenvolvem um cristalino exercício de avaliação da ponderação realizada pelo legislador, não está isento de algumas deficiências que afetam em geral a ponderação. Designadamente, a falta de clareza total sobre o que se pondera. Por um lado, há a indicação inicial de que é ponderado o bem jurídico (sem consagração constitucional) da *segurança rodoviária*, aquele que é diretamente protegido pela norma em causa. Esta protegeria também, mas apenas *reflexamente*, alguns direitos fundamentais. Todavia, o exercício ponderativo anda em torno destes últimos e não daquele bem jurídico principalmente tutelado pela norma. Aliás, a conclusão é elucidativa: a restrição é “proporcional em sentido estrito, apresentando-se como equilibrada e correspondente à justa medida imposta pela *proteção dos direitos que cumpre acautelar*” (itálico aditado).

diffícil reduzir estes cursos argumentativos à *fórmula do peso* de ALEXY que, como veremos, é uma das tentativas mais conhecidas de formalizar e expressar matematicamente a ponderação típica da proporcionalidade e.s.e.¹¹⁰⁰.

Exemplo relativamente atípico é o do acórdão 530/07, em que estava em causa o julgamento da constitucionalidade de uma norma da LOFPTC que permite decisões sumárias¹¹⁰¹.

3.4.4.5. Raras situações de ponderação e de conclusão pela violação da proporcionalidade e.s.e.

Haverá desde logo que segregar aqueles casos que se enquadram na proporcionalidade quantitativa, embora o Tribunal não explicita essa pertença. Por exemplo, no acórdão n.º 1182/96 conclui-se que os valores das taxas de justiça apreciados são "manifestamente excessivos e desproporcionados"¹¹⁰², depois de uma "ponderação de meios e fins"¹¹⁰³. Porém, aí está em causa a aplicação da proporcionalidade quantitativa.

¹¹⁰⁰ Interessante, quer para o debate doutrinário quer para a iluminação das dúvidas que circulam no interior do próprio Tribunal, é a declaração de voto de Lúcia Amaral: tratando-se de uma situação de colisão de um dever positivo do legislador de emitir normas que protejam direitos de particulares, com um dever negativo de não afetar outros direitos de outros particulares, as normas que superam essa colisão são harmonizadoras e não restritivas, pelo que não é aplicável o princípio da proporcionalidade. No entanto, do ponto de vista doutrinário também se pode dizer que se trata de uma constelação triangular (*Dreieckskonstellationen*), a que se aplica a proibição do defeito: v. *infra*, capítulo 21.

¹¹⁰¹ "Ora, também desta perspectiva, não se afigura que a atribuição de poder a um dos membros deste Tribunal para proferir decisão sumária em caso de "simplicidade" da questão a apreciar constitua uma restrição desproporcionada do direito à tutela jurisdicional efectiva dos recorrentes. Por um lado, em boa verdade, não é intolerável que o recorrente fique impedido de apresentar alegações escritas, na medida em que o mesmo teve tal oportunidade no decurso do processo que deu lugar aos presentes autos. Na medida em que o Tribunal Constitucional apenas julga questões de inconstitucionalidade em sede de recurso, torna-se evidente que o Juiz-Relator junto deste Tribunal já teve oportunidade de analisar as alegações proferidas perante o tribunal "*a quo*". Por outro lado, conforme já demonstrado a propósito da aferição da "necessidade" da restrição, não se afigura intolerável que a pretensão do recorrente seja decidida mediante decisão sumária, visto que – além de já existir jurisprudência consolidada nesse sentido – tal decisão sumária é passível de reclamação para a conferência prevista no n.º 3 do artigo 78.º-A da LTC e, em caso de ausência de unanimidade em sentido favorável àquela, para o plenário da respectiva secção."

¹¹⁰² Acórdão n.º 1182/96, n.º 2.5.

¹¹⁰³ Acórdão n.º 1182/96, n.º 2.5.: "Haverá, então, que pensar em termos de "proporcionalidade em sentido restrito", questionando-se "se o resultado obtido (...) é proporcional à carga coactiva" que comporta (*ibidem*). A ponderação de meios e fins a que assim somos conduzidos não pode deixar de ter presente os quantitativos concretos das custas no processo tributário e, em função disso, não pode deixar de conduzir à conclusão que os valores em causa, quando encarados numa lógica

Essa depuração reduz mais à condição de residuais os casos de declaração da inconstitucionalidade por violação da proporcionalidade e.s.e., particularmente os de violação *exclusiva* da proporcionalidade e.s.e.

Um dos poucos casos inequívocos é o do acórdão n.º 470/99, onde se procedeu ao "balanceamento" das "razões de interesse e ordem pública que fundamentam a medida de expulsão" e do interesse da "conservação da unidade familiar", tendo tal "balanceamento" conduzido à declaração de inconstitucionalidade de uma norma que permitia a expulsão de cidadãos estrangeiros que tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa, com eles residentes em território nacional.

3.4.4.6. Oscilações sobre o que se pondera

Como veremos a seu tempo, um dos nós problemáticos da dogmática da ponderação e, mais especificamente, da proporcionalidade e.s.e., é determinar exatamente o que se pondera, isto é, o que se compara e contrapesa. Debalde se procura uma orientação uniforme na jurisprudência do Tribunal. É certo que há uma formulação muito citada: a que alude à ponderação da *carga coativa* decorrente da medida adotada e do peso específico do *ganho de interesse público* que com tal medida se visa alcançar¹¹⁰⁴. Porém, a sua repetição não esconde a circunstância de a delimitação das grandezas ou atributos que são ponderados variarem de acórdão para acórdão, e até dentro da própria fundamentação de uma única decisão.

No acórdão n.º 187/01, o Tribunal elucida que «[t]rata-se...de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação "calibrada" – de justa medida – com os fins prosseguidos...".

No acórdão 609/07, começa por se falar da ponderação de *interesses* para depois se falar da ponderação de *vantagens*. Isto é, por um lado haveria que fazer a ponderação do interesse do filho a determinar a verdadeira paternidade biológica

comparativa com os decorrentes do CCJ, se revelam manifestamente excessivos e desproporcionados, tornando a justiça tributária frequentemente inoportável, tomando como paradigma "a capacidade contributiva do cidadãos médio" O acórdão prossegue fazendo uma mera comparação entre as custas judiciais no processo tributário e em outros domínios processuais.

¹¹⁰⁴ V., por todos, acórdãos n.ºs 1182/96 e 632/08, n.º 11.

e do interesse da harmonia e estabilidade da vida e da família conjugal¹¹⁰⁵. Mas, mais adiante¹¹⁰⁶, conclui-se, algo elipticamente, que "as desvantagens que advêm da perda da possibilidade do direito de vir a ter a sua paternidade em correspondência com a verdade biológica são superiores e claramente desproporcionadas em relação às desvantagens eventualmente resultantes, para o impugnado e sua família." Parece querer dizer-se que as desvantagens resultantes de se restringir o prazo para o estabelecimento da paternidade são superiores às *vantagens* (e não desvantagens) que o impugnado e sua família recolhem dessa solução legislativa.

No acórdão n.º 159/07, incidente sobre a norma que permite a remição do arrendamento rural, o Tribunal alude à ponderação de *prejuízos* e de *benefícios*: pondera-se "se o prejuízo que ela causa ao senhorio (ablação do direito de propriedade) é ou não desproporcionado em relação ao benefício que com ela se espera obter (consolidação da posição jurídica do rendeiro relativamente à terra que cultiva e às benfeitorias nela realizadas)"¹¹⁰⁷.

A apresentação de formulações poderia continuar, mas não permitiria chegar a outra conclusão que não a da fragmentação e multiplicidade de visões sobre o objeto da ponderação.

4. Extensão e alcance dos poderes do Tribunal

4.1. Os poderes do Tribunal perante o legislador

O Tribunal desde cedo julgou necessário estabelecer a linha divisória das suas competências de controlo judicial, as mais das vezes de modo *ad hoc*. O tópico é versado desde os primeiros acórdãos¹¹⁰⁸, sempre no sentido de reconhecer uma ampla margem ou liberdade de conformação do legislador na fixação do fim e do

¹¹⁰⁵ N.º 18.

¹¹⁰⁶ N.º 21.

¹¹⁰⁷ N.º 14.

¹¹⁰⁸ V. logo o acórdão n.º 25/84. Depois, entre muitos, os acórdãos n.ºs 11/88, 69/88, 349/91, 152/93, 237/95, 527/95, 758/95, 309/01, 221/09, 286/11, 313/13.

nível de satisfação visado e de rejeitar que a aplicação do princípio implique restringir os meios alternativos a um único¹¹⁰⁹. Uma boa síntese, é oferecida pelo acórdão n.º 88/04:

"(...) estando em causa actividade legislativa, é reconhecido ao legislador um considerável espaço de conformação, um largo âmbito de discricionariedade, pelo que a avaliação pelos tribunais da inconstitucionalidade de uma norma, por violação do princípio da proporcionalidade, depende de se poder assinalar uma manifesta inadequação da medida, uma opção manifestamente errada do legislador, um carácter manifestamente excessivo da medida ou inconvenientes manifestamente desproporcionados em relação às vantagens que apresenta."

Antes disso, já tinha sido afirmado que "a limitação da liberdade de conformação (...) só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como *manifestamente excessiva*"¹¹¹⁰. "O Tribunal só deve censurar as soluções legislativas que cominem sanções que sejam desnecessárias, inadequadas ou manifesta e claramente excessivas"¹¹¹¹. Noutra ocasião, o juiz constitucional fizera depender a censura jurídico-constitucional da "possibilidade de demonstrar um erro particularmente *grave e manifesto* na escolha do meio que o legislador escolheu para atingir o fim por si visado"¹¹¹². Ainda noutra, estabeleceu que a liberdade de definição de limites de coimas cessa em casos de *flagrante e manifesta* desproporcionalidade¹¹¹³.

Essas manifestações de deferência abrangem as avaliações e apreciações empíricas, mas também as valorações do legislador. Sobre a proporcionalidade e.s.e. (aparentemente), diz o acórdão n.º 309/01: "Não deixa aqui de ter inteira pertinência o que se escreveu no Acórdão n.º 187/01 no sentido de que o Tribunal não deve substituir a sua avaliação à que é efectuada pelo legislador naqueles casos *"em que a relação medida-objectivo é social ou economicamente complexa e a*

¹¹⁰⁹ V. o que se escreveu sobre o acórdão n.º 187/01; v., também, por exemplo, acórdão n.º 651/09 (direito à pensão de sobrevivência em situações de união de facto).

¹¹¹⁰ Acórdão n.º 634/93; v., também, o acórdão n.º 420/13.

¹¹¹¹ Acórdão n.º 574/95.

¹¹¹² Acórdão n.º 491/02.

¹¹¹³ Acórdão n.º 313/13, n.º 7.

objectividade dos juízos que se podem fazer (ou suas hipotéticas alternativas) difícil de estabelecer”.

O entendimento de que a declaração de violação de qualquer dos segmentos da proporcionalidade envolve um vício *manifesto, flagrante* ou *grave*, articula-se com outras expressões, como "prerrogativa de avaliação" ou "crédito de confiança" do legislador¹¹¹⁴.

Todas estas expressões de deferência e de autocontenção (algumas vezes apenas nominais) estão umbilicalmente ligadas ao reconhecimento de uma posição institucional de vantagem do legislador, particularmente nas apreciações empíricas. Todavia, a posição do juiz constitucional não é igual em todas as circunstâncias. Mais uma síntese:

"...como bem se sabe, o juízo relativo à «proporcionalidade» do agir estadual não se sustenta sempre do mesmo modo, qualquer que seja a natureza da norma infraconstitucional que se tenha que julgar e qualquer que seja a posição jurídica subjetiva por essa mesma norma afetada. Pelo contrário: o *iter metódico* a seguir na fundamentação desse juízo será diverso, devendo ser tanto mais exigente quanto mais intensa for, *in casu*, a afetação, por via legislativa, de posições jurídico-subjetivas que devam ser qualificadas como fundamentais."¹¹¹⁵

Uma indicação clara, portanto: *quanto mais intensa for a afetação das posições subjetivas, maior é a extensão do poder judicial.*

Este postulado tem correspondência naquilo que o Tribunal já designou, com alguma doutrina (sem densificar), de *ónus de demonstração*, a cargo do legislador, das razões de interesse público que justificam a interferência. Embora se refira *prima facie* a uma aplicação da dimensão de proporcionalidade que o Tribunal incorpora no princípio da proteção da confiança, interessa tomar em consideração a doutrina que se extrai do acórdão n.º 474/13, onde a declaração de inconstitucionalidade foi decisivamente marcada pela circunstância de o legislador

¹¹¹⁴ Cfr. as referências ao acórdão n.º 187/01, *supra*; v., também, acórdão n.º 159/07: "deve, ainda, ter-se presente que, nas situações em que a avaliação da limitação ou restrição pelo critério da proporcionalidade se revele complexa (...) o Tribunal Constitucional tem reconhecido ao legislador uma prerrogativa de avaliação ou crédito de confiança, reservando a sua intervenção apenas para as situações de *ultima ratio*."

¹¹¹⁵ Acórdão n.º 846/14.

não ter superado esse ónus de demonstração¹¹¹⁶. Também este assume *intensidade variável*, a qual aumenta proporcionalmente à medida que aumente a intensidade do grau de afetação dos bens, interesses ou valores atingidos pelos efeitos da norma¹¹¹⁷.

O grau máximo de deferência para com o legislador, ou de admissão de vantagem institucional e técnica, que leva a decisões que se aproximam da declaração de incompetência para a apreciação e aplicação da proporcionalidade, ocorre quando estão em causa *limiares quantitativos*. Isso resulta explicitamente de acórdãos relacionados com aspetos específicos das finanças regionais, designadamente valores das transferências do Orçamento de Estado para as Regiões, ou limites de endividamento das Regiões¹¹¹⁸. Depois de acentuar a recusa de se substituir ao Parlamento na fixação de valores e de aludir ao carácter "radical e essencialmente técnico-político (no sentido de que é, e não pode deixar de ser, confiada ao saber técnico...)"¹¹¹⁹ da decisão legislativa, o Tribunal limita drasticamente o alcance do seu juízo de proporcionalidade ou confessa-se impotente para o fazer¹¹²⁰.

4.2. O grau de prova e de convicção exigíveis

A tensão entre liberdade de conformação/deferência e modulação da extensão do poder do juiz constitucional reflete-se necessariamente no nível da prova requerida no que toca às questões empíricas e no grau de convicção requerido para a prolação

¹¹¹⁶ V. acórdão n.º 474/13, n.º 15.1 e também a declaração de voto de Lúcia Amaral.

¹¹¹⁷ "Importa dizer que o oferecimento das razões de interesse público que justificam a medida constitui ónus do legislador. Impõe-se aqui de forma acrescida, pela força das expectativas que contraria e sobretudo pela intensidade do grau de afetação que opera (...). O legislador carece de demonstrar, nos planos da *adequação, necessidade e justa medida*, que a intervenção *funda e não transitória* que opera responde a exigências da Administração Pública, em especial perante a adstrição decorrente do artigo 266.º da Constituição" (acórdão *cit.*, n.º 15.1.).

¹¹¹⁸ V. acórdãos n.ºs 532/00, 567/04 e (sobre tema diferente) 376/05.

¹¹¹⁹ Acórdão n.º 532/00.

¹¹²⁰ Acórdão n.º 532/00: "...sob pena de o Tribunal agir ultra vires, só lhe cabe, para julgar aqui do respeito pelo princípio da proporcionalidade, controlar se o legislador excedeu a margem de discricionariedade que lhe está, nesta matéria, reservada." Por seu turno, o acórdão n.º 567/04, vai mais longe no reconhecimento da impossibilidade de formulação de um juízo pleno de proporcionalidade: "(e)sse juízo de proporcionalidade, já de si complexo face à fixação de um valor em concreto, resulta totalmente impossível...".

de uma decisão de inconstitucionalidade por violação da proibição do excesso. No entanto, as *diferenciações* que poderiam ser estabelecidas têm pouco reflexo na jurisprudência do Tribunal, havendo, portanto, lugar a um aprofundamento doutrinal que ensaiaremos adiante¹¹²¹.

Não faltam exemplos demonstrativos de que o Tribunal declara a violação da proporcionalidade predominantemente na base da evidência e de que não a declara quando falha essa evidência¹¹²². Assim, julgou *manifestamente excessiva* a norma que obriga que a dissolução de associação sindical seja aprovada pelo voto favorável de $\frac{3}{4}$ de todos os associados¹¹²³. Ou manifestamente excessiva a norma que estabelecia certas inelegibilidades¹¹²⁴. Ou *manifestamente incorreta* a apreciação dos interesses ou valores em presença¹¹²⁵. Ou *manifestamente* inadequada ou excessiva, com inconvenientes *manifestamente* desproporcionados em relação às vantagens, a medida que impõe ao companheiro sobrevivente unido de facto, a produção de prova de indigência para que lhe seja paga pensão de sobrevivência¹¹²⁶.

Isso significa que o princípio da proibição do excesso, como norma de controlo, não postula a *melhor solução*, nem a *solução mais justa*. Sobre isso, o Tribunal tem deixado indicações relevantes. No acórdão n.º 200/01, sobre emolumentos do Tribunal de Contas, explicitou que a norma em causa não podia ser considerada *manifestamente inadequada* para conseguir os objetivos a que se propunha. Ainda que as normas não correspondam "em determinados casos, à *melhor* solução, ou à solução mais justa (...) a sua previsão enquadra-se ainda no espaço de conformação do legislador, não podendo dizer-se que a possibilidade de um regime melhor adequado (...) determina necessariamente a inconstitucionalidade de todas as alternativas"¹¹²⁷.

¹¹²¹ Capítulo 19.

¹¹²² Embora também se possa admitir que haja decisões em que a evidência da inconstitucionalidade seja discutível: nesse sentido, **Morais, Curso...**, II, 2, p. 746, exemplificando com os acórdãos n.ºs 413/14 e 574/14.

¹¹²³ Acórdão n.º 64/88.

¹¹²⁴ Acórdão n.º 189/88.

¹¹²⁵ Acórdão n.º 486/04, n.º 19.

¹¹²⁶ Acórdão n.º 88/04, n.º 10.6.

¹¹²⁷ Acórdão n.º 200/01, n.º 7.

Embora se trate de um caso de proporcionalidade quantitativa, o acórdão n.º 20/03 é também indiciador de uma *tendência* firme e de uma linha de argumentação seguida em casos de proibição do excesso. O Tribunal pronunciou-se pela não desproporcionalidade numa situação de ausência de prova de manifesta desproporcionalidade: "As recorridas invocam a desproporcionalidade do tributo, uma vez que, alegam, o seu valor subiu 900% (...). Porém, a decisão recorrida considerou que, "em face do probatório, faltam elementos que conduzam a considerá-la [a desproporcionalidade] verificada" (...), nomeadamente a prova de quanto as recorridas pagavam em anos anteriores e há quanto tempo não eram actualizadas as taxas. Em face desta insuficiência, não se afigura manifesto que exista uma desproporcionalidade que afecte critérios de justiça tributária."

5. Confrontação com figuras afins

5.1. Proibição do defeito

O instituto da proibição do defeito ou da insuficiência entrou no repertório conceptual do Tribunal em 2010¹¹²⁸. Tal como na Alemanha, o veículo foi o debate sobre a colisão entre o dever (de ação positiva) de proteção da inviolabilidade da vida intrauterina e o dever de abstenção de interferência nos direitos da mulher grávida. Essa receção não surpreende, tendo em conta que o instituto é aplicado pelo juiz constitucional alemão e estudado pela doutrina desde a década de 1990 e que o Tribunal Constitucional português está consabidamente atento aos desenvolvimentos com essa proveniência. Por outro lado, a Constituição portuguesa possui uma estrutura normativa especialmente propícia à mobilização da proibição do defeito, mais até do que a Constituição alemã. Em boa verdade, surpreendente é a receção do instituto ter sido realizada *apenas* em 2010. A pergunta que ocorre é como conseguiu o Tribunal prescindir desse instrumento antes de 2010, designadamente nas várias ocasiões em que aquele tema esteve na sua sala de sessões. É isso que tentaremos descobrir analisando alguns casos.

¹¹²⁸ Acórdão n.º 75/10 (Sousa Ribeiro), n.º 11.4.3. Pouco depois, também acórdão n.º 166/10 (Lúcia Amaral), n.º 12.

5.1.1. O tratamento anterior a 2010 das situações em que o legislador está sujeito a deveres de ação positiva

Organizaremos três grupos de casos, correspondentes a três situações possíveis: (i) situações em que o legislador está simultaneamente adstrito a deveres de proteção e de abstenção; (ii) situações em que o legislador está adstrito a deveres de produção de normas sobre processo, procedimento, organização e financiamento; (iii) situações em que o legislador está adstrito ao dever de materializar direitos sociais. Reitera-se a prevenção antes feita: as fronteiras entre alguns dos grupos (particularmente entre o primeiro e o segundo) são teoricamente claras, mas resultam algo artificiais quando se busca a sua concretização prática. Aliás, sobre os primeiros dois grupos é possível tirar conclusões conjuntas sobre o padrão de comportamento do TC e assim procederemos antes de avançarmos para o terceiro.

5.1.1.1. Situações em que o legislador está simultaneamente adstrito a deveres de proteção e de abstenção

5.1.1.1.1 Acórdão n.º 25/84

A questão coloca-se desde logo a propósito do primeiro caso sobre a despenalização do aborto terapêutico, eugénico e criminológico, decidido no acórdão n.º 25/84. Já aí o Tribunal entendeu que se verificava uma colisão entre interesses ou valores da vida intrauterina do nascituro e da mãe, ambos constitucionalmente tutelados. O parâmetro a que recorreu para averiguar da validade da solução normativa foi o *princípio da concordância prática*. Todavia, perceber em que é que, para o Tribunal, se cifra esse princípio, do ponto de vista estrutural e metódico, é dificultado por aquilo que parece ser a sobreposição de vários planos analíticos. O *objetivo* indicado é "encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto de valores constitucionais". Essa é uma "atividade simultaneamente de interpretação e de

restrição — de interpretação restritiva", aparentemente contraposta à tarefa de concretização dos limites imanentes. Quanto ao *modus operandi* da concordância prática, aos *critérios* a empregar e aos *resultados* a atingir, a colisão supera-se através de “um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito e exige que o sacrifício de cada um dos valores seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros”¹¹²⁹. Não se intui com clareza se o sacrifício mútuo dos interesses e valores tem de ser paritário, ou se pode ser desigual. Aliás, nunca se esclarece se o sacrifício concreto sofrido por cada um dos interesses ou valores colidentes infligido pelas normas é paritário ou desigual. Por outro lado, a utilização dos conceitos de proporcionalidade (sem indicação de aceção), de necessidade e de adequação, isto é os três segmentos da proibição do excesso ou proporcionalidade clássica¹¹³⁰, configura uma simbiose entre concordância prática e proibição do excesso mais complexa - e mais obscura - do que aquela que alguns veem na versão original da concordância prática, já de si enigmática. Na doutrina *hessiana* da concordância prática, a escassamente explicada invocação de um critério de proporcionalidade é entendida por alguns como referência a algo materialmente equivalente à proporcionalidade e.s.e., com a qual aparece, aliás, muitas vezes confundida¹¹³¹.

5.1.1.1.2. Acórdão n.º 13/95

Em causa estavam aspetos do regime do direito de resposta (artigo 37.º, n.º 4). Subjacente, uma colisão entre, por um lado, esse direito, como meio de proteção da liberdade e de direitos de personalidade do visado, face à imprensa e aos titulares da liberdade de imprensa e de informação e, por outro, os direitos de defesa liberdade de imprensa e de informação (artigo 37.º, n.º 1). Embora não seja feita referência a qualquer dever do legislador de emissão de normas e de criação de procedimentos que permitam o exercício de um direito, decorre da fundamentação

¹¹²⁹ Acórdão n.º 25/84.

¹¹³⁰ Que, recorde-se, já haviam sido enunciados há pouco tempo no acórdão n.º 4/84, M. Diniz (inelegibilidades locais).

¹¹³¹ Cfr. *infra*, capítulo 25.

do acórdão que a facilitação do direito de resposta correspondia ao cumprimento de um dever *positivo* dessa natureza, coexistindo com um dever *prima facie* de abstenção (por isso, poderia incorporar-se também no próximo número).

Como no anterior, há alusão ao objetivo da *concordância prática* entre as liberdades de imprensa e editorial e o direito de resposta"¹¹³²: "(o) que com as alterações intentadas introduzir se pretendeu foi, na concordância prática de direitos com igual dignidade constitucional, optar-se por uma certa prevalência do titular do direito de resposta, sem, grave ou desproporcionadamente, se lesar o direito de liberdade de imprensa e de informação (...)"¹¹³³. Essa prevalência traduz-se, no caso, na publicação da resposta associada à proibição de o órgão de comunicação social publicar, ele próprio, nota, comentário ou resposta.

No acórdão, o recurso à linguagem da proporcionalidade é evidente¹¹³⁴, tal como também é evidente a falta de real e argumentada aplicação da metódica da proporcionalidade.

5.1.1.1.3. Acórdão n.º 288/98

O acórdão "intermédio" sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez (acórdão n.º 85/85) optou por não invocar o princípio da concordância prática e por sublinhar o *excesso* que poderia constituir a eventual penalização do aborto nas circunstâncias em que a norma o não penalizava.

A semântica da *harmonização ou concordância prática* é retomada pelo acórdão n.º 288/98, sobre o projeto de referendo à despenalização da interrupção voluntária da gravidez. Por um lado, assume-se que o "artigo 24º da Constituição da República, além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em

¹¹³² V., por exemplo, n.º 3.1.

¹¹³³ *Idem*, n.º 3.

¹¹³⁴ Assim, as normas "não se postam como *desproporcionadamente desadequadas* na limitação que, objectivamente, impõem à liberdade de imprensa..." (3.1.); "não divisa o Tribunal que a limitação dos casos de recusa de publicação do direito de resposta, na vertente de uma eventual restrição à liberdade de imprensa ou da liberdade editorial, constitua uma acentuada, clara ou patente *desproporção* em face da garantia, em termos de igualdade e eficácia, do direito de resposta"; "quando não quiser correr o risco de censurar o mérito das opções do legislador, só deve invalidar essas mesmas opções quando elas se apresentarem manifesta *ou excessivamente desproporcionadas*" (itálico aditado).

cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da *vida humana* intra-uterina, a qual constituirá uma verdadeira imposição constitucional"¹¹³⁵. Por outro lado, estão em causa direitos da mulher grávida. Daí decorre a necessidade de harmonização entre o dever positivo de protecção da vida intrauterina e os pertinentes direitos negativos da mulher.

Essa harmonização realiza-se através de uma *equilibrada* ponderação de interesses. À primeira vista, poderia parecer que o acórdão admite a prevalência de um "interesse" sobre outro, quando começa por afirmar que a harmonização ou concordância prática não impede "que, em cada caso, haja um interesse que acaba por prevalecer e outro por ser sacrificado". Todavia, logo adianta que o legislador não pode estabelecer que um dos bens, interesses ou valores em colisão é "hierarquicamente superior" ao outro.

Como é que se evita essa harmonização sem hierarquização? No caso, consegue evitar-se através de um sistema de prevalências *descontínuas* ou *cruzadas* (isto é, prevalências que podem ser *totais* em certos momentos para se transformar depois em cedências eventualmente *totais* noutros momentos), materializado através de um sistema de prazos e indicações que possibilita que um dos conjuntos de bens, interesses ou valores colidentes prevaleça em certos momentos da gestação do feto, enquanto o outro prevalece em outros momentos. Não deve ser considerado nenhum dos momentos *isoladamente*. O que importa é que "*num contexto global*" se atinja um equilíbrio. No caso da legislação penal sobre o aborto, esse equilíbrio é conseguido através da prevalência da protecção do feto nas últimas semanas, enquanto nas primeiras se dá maior relevo à autonomia da mulher¹¹³⁶.

¹¹³⁵ Acórdão n.º 288/98, n.º 46.

¹¹³⁶ As citações são do acórdão n.º 288/98, n.º 48, cujo teor invulgarmente esclarecedor merece ser quase integralmente transcrito neste trecho, apesar da sua extensão:

"(...) a harmonização entre a protecção da vida intra-uterina e certos direitos da mulher, na procura de uma equilibrada ponderação de interesses, é susceptível de passar pelo estabelecimento de uma fase inicial do período de gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção voluntária da gravidez cabe à própria mulher.

Nem se diga que, nessa hipótese, se renuncia a qualquer harmonização ou concordância prática, uma vez que, durante esse período *in casu*, as primeiras dez semanas um dos interesses em jogo é absolutamente sacrificado, ficando inteiramente desprotegido.

É que a harmonização, a concordância prática, se faz entre bens jurídicos, implicando normalmente que, em cada caso, haja um interesse que acaba por prevalecer e outro por ser sacrificado. Quer isto dizer que, sempre dentro da perspectiva que agora se explicita, o legislador não poderia estabelecer, por exemplo, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher era hierarquicamente superior ao bem jurídico «vida humana intra-uterina» e, consequentemente, reconhecer um genérico direito a abortar,

5.1.1.1.4. Acórdão n.º 486/04

No acórdão n.º 486/04¹¹³⁷, foi julgada a constitucionalidade da norma do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, que estabelecia um prazo de caducidade para a ação de investigação da maternidade e, por remissão, da paternidade que coincidia com os 20 anos do filho investigante. A norma foi declarada inconstitucional.

Colidiam, por um lado, o direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade, como dimensão do direito à identidade pessoal e, por outro, os valores da certeza e da segurança jurídicas e da paz e harmonia na família do pretenso pai e os direitos à reserva da intimidade da vida privada e familiar (do pretenso pai).

Como é usual, o Tribunal não promove a dilucidação a fundo da estrutura deontológica das normas que importam para a configuração da situação em causa, designadamente aquelas que definem a posição e o comportamento constitucionalmente esperado do legislador. Um esforço de tradução das várias indicações colhidas permite, todavia, afirmar que o legislador tinha (i) um *dever positivo* de criação dos mecanismos legislativos e procedimentais necessários para que os filhos exerçam o seu direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade (ii) uma *permissão* para promover os valores da certeza e da segurança jurídica, bem como da harmonia na família do pretenso pai. Esse dever e essa permissão, colidiam parcialmente com (iii) um *dever negativo* ou

independentemente de quaisquer prazos ou indicações; mas, em contrapartida, já pode determinar que, para harmonizar ambos os interesses, se terão em conta prazos e circunstâncias, ficando a interrupção voluntária da gravidez dependente apenas da opção da mulher nas primeiras dez semanas, condicionada a certas indicações em fases subsequentes e, em princípio, proibida a partir do último estágio de desenvolvimento do feto.

Assim, neste último caso, procura-se regular a interrupção voluntária da gravidez, ainda de acordo com uma certa ponderação de interesses que tem também como critério o tempo de gestação, pelo que a referida ponderação se há-de efectuar, tendo em conta os direitos da mulher e a protecção do feto, em função de todo o tempo de gravidez, não sendo, portanto, exacto considerar *isoladamente* que, durante as primeiras dez semanas, não existe qualquer valoração da vida intra-uterina; num contexto global, esta será quase sempre prevalecente nas últimas semanas, enquanto nas primeiras se dará maior relevo à autonomia da mulher (uma vez respeitadas certas tramitações legais que, aliás, podem traduzir uma preocupação de defesa da vida intra-uterina)".

¹¹³⁷ O qual serviu de base quase inalterada para o acórdão n.º 23/06 que, posteriormente, viria a declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma apreciada.

de *abstenção* de interferência ou de perturbação, designadamente através da lei, dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e familiar do pretenso pai. Trata-se, como se verá¹¹³⁸, de uma constelação triangular (*Dreieckskonstellation*). Se esta "leitura" estiver correta, então confirma-se que neste acórdão o Tribunal se afasta dos pressupostos que adotara anteriormente (v. abaixo o que se escreve sobre o acórdão n.º 99/88).

O fundamento da declaração de inconstitucionalidade apresentado a título principal, foi a "*afetação do conteúdo essencial* dos direitos referidos" do investigante, isto é, do direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade, como dimensão do direito à identidade pessoal. Esta primeira conclusão merece um comentário breve, na medida em que ela é apenas uma demonstração da reiterada relutância do Tribunal em admitir que *pondera e contrapesa*, mesmo quando é óbvio que *pondera e contrapesa*. Boa parte da fundamentação do acórdão investe na demonstração de que os bens, interesses ou valores que colidem com aqueles direitos não são realmente plausíveis, não têm consistência ou têm um peso reduzido quando com eles contrapesados. Concluir por uma violação do conteúdo essencial do direito não parece ser o desenlace óbvio desse *iter* argumentativo, a não ser que se perfilhe uma tese *relativista* do conteúdo essencial, o que não transparece da linha discursiva do acórdão.

Talvez consciente dessa fragilidade técnico-dogmática, o relator dedica derradeiramente um número com duas dezenas de linhas¹¹³⁹ a sustentar que mesmo que fosse negada "uma verdadeira afetação do conteúdo essencial dos direitos", a norma sob julgamento violaria a "exigência" da proporcionalidade *lato sensu*. Da frugal fundamentação oferecida, extrai-se que haveria infração da proporcionalidade e.s.e.¹¹⁴⁰ e da necessidade¹¹⁴¹, por esta ordem no acórdão.

¹¹³⁸ *Infra*, capítulo 21.

¹¹³⁹ N.º 19.

¹¹⁴⁰ Acórdão n.º 486/04, n.º 19: "(...) os prejuízos, designadamente não patrimoniais, que advêm da perda, aos vinte anos de idade, do direito a saber quem é o pai, (...) apresentam(-se) claramente desproporcionados em relação às desvantagens eventualmente resultantes, para o investigado e sua família, da acção de investigação (quer esta proceda – caso em que só será mais evidente a falta de justificação para invocar estes interesses –, quer não)..."

¹¹⁴¹ À solução adotada pelo legislador, haveria "...alternativas, quer ligando o direito de investigar às reais e concretas possibilidades investigatórias do pretenso filho, sem total imprescritibilidade da acção (por exemplo, prevendo um *dies a quo* que não ignore o conhecimento ou a cognoscibilidade das circunstâncias que fundamentam a acção), quer para obstar a situações excepcionais, em que,

Comecemos, porém, pela necessidade. O juízo de necessidade próprio da proibição do excesso, tal como o Tribunal o define, incide sobre a existência de alternativas que prossigam o fim com a mesma eficiência que a norma fiscalizada, mas menos interferentes nos bens, interesses ou valores colidentes¹¹⁴². Se admitíssemos (como Tribunal admitiu) que os fins da norma fiscalizada eram os da tutela dos valores da certeza e da segurança jurídicas e da paz e harmonia na família do pretense pai e os direitos à reserva da intimidade da vida privada e familiar (do pretense pai), nenhuma das alternativas era igualmente eficiente, pelo que a norma, no estrito quadro da proibição do excesso, não poderia ser considerada desnecessária. E se admitíssemos, ao invés, que o fim da norma era a salvaguarda dos direitos e interesses do investigante, as alternativas apontadas pelo relator melhoravam a eficiência na prossecução desse fim (porque melhoravam a posição do investigante para fazer valer o seu direito), mas aumentavam o grau de interferência nos bens, interesses ou valores colidentes. Portanto, também desse ângulo seria inviável considerar a norma fiscalizada desnecessária à luz da proibição do excesso. O princípio da necessidade, como componente da proibição do excesso, na conceção (corretamente) aceite pelo Tribunal, não se coaduna com o resultado a que o Tribunal chegou. Consequentemente, é impossível dizer que se aplicou o princípio da proibição do excesso, na sua versão comum.

Por outro lado, o raciocínio exposto também não parece ser reconduzível à metódica de outro parâmetro, nessa altura ainda não reconhecido formalmente pelo Tribunal, a proibição do defeito¹¹⁴³. Ou, se o fosse, sê-lo-ia numa versão bastante potente, não consonante com aquela que parece aceitável como norma de controlo. O Tribunal entendeu que a norma apreciada estabelecia um certa relação entre o

considerando o contexto social e relacional do investigante, a invocação de um vínculo exclusivamente biológico possa ser abusiva, não sendo de excluir, evidentemente, o tratamento destes casos-limite com um adequado “remédio” excepcional (seja ele específico – cfr. o regime referido do Código Civil de Macau – ou geral, como o abuso do direito, considerando-se ilegítimo desprezar os efeitos pessoais a ponto de se considerar a paternidade como puro interesse patrimonial, a “activar” quando oportuno)."

¹¹⁴² Essa era já a doutrina do acórdão de referência n.º 634/93 (segundo o princípio da exigibilidade (ou da necessidade) as medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, *por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato*) e continuaria a ser a doutrina seguida, como o mostra o acórdão n.º 530/07.

¹¹⁴³ Porque, para usar as palavras do próprio Tribunal, em acórdão posterior, não se afigura que a proibição do excesso "se encontre disponível, *qua tale*, para atalhar um défice (de proteção), em concretização da proibição da insuficiência..." (acórdão n.º 75/10, n.º 11.7.).

cumprimento de dois deveres do legislador, um de ação e outro de abstenção, mas que a Constituição determinava que deveria ser adotada uma outra alternativa de equilíbrio, que se atingiria através da satisfação mais intensa de um dos deveres e da satisfação menos intensa do outro. Como veremos adiante, tendo em conta a ampla margem de conformação do legislador quando se trata da definição do modo como cumpre deveres constitucionais contraditórios - margem essa maior, inclusive, do que nas situações que recaem sob a égide da proibição do excesso -, o poder do juiz constitucional (qualquer que seja o parâmetro aplicável) não vai além da declaração de inconstitucionalidade em situações de *manifesto desequilíbrio* no cumprimento daqueles deveres contraditórios.

Por outro lado, como é tendência predominante na doutrina comparada e até na jurisprudência constitucional portuguesa, a violação da proporcionalidade e.s.e. só poderia ser declarada se fosse *evidente* ou *manifesto* que os efeitos da norma de satisfação do dever de abstenção tinham um peso inferior aos efeitos da mesma norma de satisfação do dever de ação ou de proteção.

Mas mais do que sublinhar as dúvidas sobre o sentido da decisão, importa sublinhar a insuficiência conceptual e metódica em que assenta o juízo do Tribunal, neste e nos acórdãos anteriores: os fins da norma que servem de referência para as consecutivas operações do parâmetro aplicável oscilam; a estrutura deontica das normas que enquadram o comportamento do legislador é apenas intuída e dela não são tiradas consequências no que se refere à estrutura do parâmetro de controlo a convocar; não havendo clara identificação dessa estrutura, falta naturalmente um plano metódico e um *iter* argumentativo que assegure tanto quanto possível a racionalidade e objetividade da decisão do juiz constitucional.

5.1.1.1.5. Acórdão n.º 632/08

Será o panorama apresentado no parágrafo anterior excecional na jurisprudência imediatamente anterior à receção da proibição do defeito, ou corresponde a uma tendência? Retomemos a análise do acórdão n.º 632/08, cujo contributo para o estabelecimento de contornos mais nítidos dos segmentos da proibição do excesso e da extensão do poder judicial de controlo já foi sublinhado.

Recorde-se que estava em causa uma norma que aumentava o período experimental dos trabalhadores indiferenciados com contrato sem termo, de 90 dias (previstos na versão anterior do Código do Trabalho), para 180 dias (já previstos anteriormente para alguns trabalhadores, mas não para os ditos indiferenciados ou menos qualificados). A norma foi declarada inconstitucional.

O acórdão identifica a colisão de bens, interesses ou valores subjacente seguindo uma estratégia *ampliativa* do âmbito de proteção jusfundamental. Abreviando extensa argumentação, em colisão estão: (i) por um lado, o direito dos trabalhadores à não privação arbitrária do emprego ou o direito à possível estabilidade do emprego que se procurou e obteve, direito negativo ou de defesa ancorado no artigo 53.º (conjugado com o artigo 58.º, n.º 1, sobre o direito ao trabalho, direito social)¹¹⁴⁴; (ii) por outro lado, o direito dos empregadores à livre iniciativa económica privada e, mais especificamente, a liberdade de iniciativa e de organização empresarial, na dimensão de liberdade de organização dos meios institucionais necessários para levar a cabo uma certa atividade económica, igualmente um direito negativo ou de defesa, não obstante estar consagrado no título dos direitos sociais (artigo 61.º, n.º 1, conjugado com o artigo 80.º, c)).

Também este acórdão não define um claro "mapa" deontico, mas fornece dados que permitem desenhá-lo. O acórdão refere-se ao "dever, que impende sobre o legislador ordinário, de evitar situações *injustificadas* de precariedade de emprego", que conduz a que o "recurso ao vínculo precário da chamada «contratação a termo» não pode deixar de ser, na ordem infraconstitucional, marcada pelo cunho da *excepcionalidade*"¹¹⁴⁵. Por outro lado, alude à especial carência da proteção do direito dos trabalhadores sem especiais qualificações, ou sem especial autonomia técnica, os potencialmente mais expostos a situações injustificadas de precariedade de emprego¹¹⁴⁶. Noutro passo, faz menção à "defesa dos interesses do trabalhador", à necessidade de a duração da experiência ter de ter, "evidentemente, um limite máximo fixado pelo legislador" ou à circunstância de o legislador ter "em princípio, a liberdade de conformar o *quantum* da «prova», mas não a liberdade de deixar de o conformar". Especialmente elucidativa é a última frase da

¹¹⁴⁴ Acórdão n.º 632/08, n.º 7.

¹¹⁴⁵ *Idem*, n.º 8.

¹¹⁴⁶ *Idem*, n.º 13.

fundamentação do acórdão: "o legislador não protegeu como devia, face ao disposto nos artigos 53.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, os trabalhadores indiferenciados de situações injustificadas de precariedade de emprego"¹¹⁴⁷. Todas estas expressões são inequivocamente reveladoras de deveres *positivos* do legislador de proteção da posição jurídica entendida como mais frágil na relação laboral, a do trabalhador, particularmente o "indiferenciado".

Por outro lado, reconhece que a prossecução desses deveres contende com algumas dimensões da liberdade de empresa, uma vez que no âmbito de proteção da norma contida no n.º 1 do artigo 61.º se conta, "não apenas a liberdade de iniciativa de uma certa actividade económica, mas também – e depois dela – a liberdade de organização e de ordenação dos meios institucionais necessários para levar a cabo a actividade que se iniciou"¹¹⁴⁸. Daqui decorre outro dever, *negativo* ou de *abstenção*, do legislador de não perturbar, interferir, limitar ou impedir o exercício dessa liberdade.

Como é que o legislador deve superar esta colisão de bens, interesses e valores e *de deveres* e como é o que o Tribunal controla a solução legislativa?

Como em outros arestos anteriormente destacados, assume relevo a linguagem da *concordância prática*, neste caso com uma assimilação ao princípio da proporcionalidade mais explícita do que o habitual¹¹⁴⁹. Mas é justamente nessa assimilação que começam as dificuldades do acórdão.

Por um lado, retoma-se o apelo habitual à ideia de que a norma deve satisfazer, "*de forma equilibrada, o imperativo da concordância prática entre bens ou interesses conflitantes (e de igual relevo constitucional)*"¹¹⁵⁰. A vinculação da concordância prática à ideia de "*relação equilibrada entre meios e fins*", resulta explicitamente do

¹¹⁴⁷ *Idem*, n.º 13.

¹¹⁴⁸ *Idem*, n.º 8.

¹¹⁴⁹ *Idem*, n.º 13: "(a) exigência de que uma medida restritiva de um direito satisfaça, de forma equilibrada, o imperativo da concordância prática entre bens ou interesses conflitantes (e de igual relevo constitucional) não vale, apenas, para a densificação do conteúdo do segundo *teste* de proporcionalidade. Pelo contrário. Contendo ela, afinal de contas, a corporização da própria ideia de proporcionalidade, a inevitabilidade da sua presença faz-se sentir, transversalmente, na aplicação de todos os subprincípios que integram o valor constitucional em causa: isto mesmo se extrai, aliás, da parte final do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, que determina que as restrições se devem limitar ao necessário para salvaguardar *outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*."

¹¹⁵⁰ *Idem*, n.º 13, *itálico* aditado.

acórdão¹¹⁵¹. A leitura do acórdão inculca que o Tribunal entendeu que deveria haver satisfação dos dois direitos em causa (e dos correspondentes deveres do legislador): por um lado, o direito dos trabalhadores à não privação arbitrária do emprego, ou o direito à possível estabilidade do emprego que se procurou e obteve (artigo 53.º); e, por outro lado, o direito dos empregadores à livre iniciativa económica privada e, mais especificamente, a liberdade de iniciativa e de organização empresarial, na dimensão de liberdade de organização dos meios institucionais necessários para levar a cabo uma certa atividade económica (artigos 61.º, 1 e 80 c)). A ideia de relação equilibrada traduzia-se na imposição de graus de sacrifício equivalentes, o mesmo acontecendo com os graus de satisfação.

No caso da norma em apreciação, a concordância entre os direitos, isto é, o sacrifício e a satisfação *equilibrada* dos direitos em colisão, realizar-se-ia, mais uma vez, com uma versão do sistema de *prevalências descontínuas*, materializado (como na legislação sobre a interrupção voluntária da gravidez ou nos casos da regulação das ações de investigação e de impugnação da maternidade e da paternidade) através de um sistema de prazos: há um prazo no curso do qual prevalece o direito de livre iniciativa económica privada; findo esse prazo, prevalece a garantia da segurança do emprego. Como vimos anteriormente, o Tribunal pareceu assumir que a norma anteriormente vigente sobre o período experimental assegurava um equilíbrio compatível com o princípio da concordância prática (embora isto não seja mais do que uma conjectura, uma vez que aquela norma não estava em apreciação). O Tribunal considerou que esse equilíbrio era colocado em causa pela nova norma sobre essa matéria. Assumindo que o estabelecimento de um período experimental no início do contrato de trabalho por tempo indeterminado é especialmente interessante para o empregador (embora, em termos *nominais* favoreça formalmente *ambas* as partes no contrato), “qualquer aumento de duração desse mesmo período [traduz-se] em *benefício* para a entidade patronal e em correspondente «compressão» dos *interesses* do trabalhador”¹¹⁵². Por outras palavras, o aumento do período experimental (como o que estava em apreciação), implicava realmente uma “perda” da garantia da segurança no emprego e um

¹¹⁵¹ *Idem*, n.º 11, logo no início, itálico aditado.

¹¹⁵² *Idem*, n.º 10. As ênfases são do texto do acórdão. A ideia não era original, constando, pelo menos, do acórdão n.º 64/91, n.º 19.

"ganho" do direito à livre iniciativa económica privada. No caso concreto, o ganho adicional auferido por este último romperia o equilíbrio existente, desequilibrando a balança a favor do direito à livre iniciativa económica privada, isto é, desfaria o equilíbrio entre os vários direitos exigido pela *concordância prática*. A alteração dos prazos implicava a rutura do equilíbrio e por isso o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da norma apreciada.

O *parâmetro de controlo* alegadamente utilizado para chegar a essa conclusão foi o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso¹¹⁵³, entendido na sua expressão clássica, ou seja, sem qualquer modificação estrutural em relação a essa versão clássica. O Tribunal entendeu que o segmento da adequação não era violado, mas que o segmento da necessidade o era. O segmento da proporcionalidade e.s.e. não chegou a ser convocado.

A avaliação da consistência deste juízo requer que se determine exatamente *o fim* que a norma prosseguia ou, mais rigorosamente, qual *o fim* que o Tribunal entendia que a norma prosseguia. Esse passo é metodicamente imprescindível quando se trata de avaliar a aplicação de um parâmetro de controlo que pressupõe uma relação entre meio e fim (mesmo que, como veremos, não incida exclusivamente sobre ela). Qual era, realmente, o fim da norma *sub judice*?

De certos passos do acórdão parece inferir-se que o fim da norma era a satisfação do interesse do empregador em disfrutar de (maior) liberdade de organização dos meios institucionais necessários para levar a cabo uma atividade económica, através de períodos experimentais mais alargados¹¹⁵⁴. Já doutros trechos parece decorrer que o fim da norma era satisfazer um dever positivo do legislador de proteção do direito do trabalhador à possível estabilidade do emprego que se procurou e obteve,

¹¹⁵³ Ressalvaremos aqui que, tomando à letra tudo o que se escreve no acórdão, a proporcionalidade ou proibição do excesso não poderia ser invocada: no n.º 11 imputa-se ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso apenas a vocação de proteger direitos contra interferências motivadas pela necessidade de satisfação de interesses públicos, o que manifestamente não era a situação que estava em causa.

¹¹⁵⁴ A existência de um interesse do empregador em que haja maiores períodos experimentais é reconhecida em vários passos do acórdão n.º 632/08. V., por exemplo, no n.º 10: "(...) é evidente que não tendo, no nosso direito, [trabalhador e empregador] faculdades idênticas quanto à possibilidade de, por vontade sua, fazer cessar o vínculo uma vez passado o período da experiência (...) a existência do período experimental tornar-se-á, em si mesma, especialmente *interessante* para [o empregador]. Nesta medida, é sustentável que se alegue que qualquer aumento de duração desse mesmo período se traduzirá em *benefício* para a entidade patronal e em correspondente «compressão» dos *interesses* do trabalhador."

contra o exercício de direitos do empregador¹¹⁵⁵. Ainda doutros, parece resultar que se trata, afinal, de garantir o cumprimento desses dois deveres colidentes de forma equilibrada, ou concordante, ou harmonizada¹¹⁵⁶.

Ora, a estrutura do parâmetro de controlo aplicável varia de acordo com a colisão normativa subjacente e o fim da norma.

A estrutura do parâmetro de controlo aplicável quando o legislador pretende, no exercício da sua liberdade de conformação, satisfazer um bem, interesse ou valor que a constituição autoriza que seja prosseguido, sacrificando bens, interesses ou valores subjetivados, é diferente da estrutura do parâmetro de controlo aplicável quando o legislador visa cumprir deveres que a constituição lhe impõe (não dispondo de margem de decisão sobre se cumpre ou não esses deveres). No primeiro caso, o parâmetro terá uma estrutura, e implica uma metódica, que permita verificar se o legislador *se excedeu*. No segundo caso, o parâmetro de controlo terá uma estrutura e uma metódica aplicativa apropriada a verificar primacialmente se o legislador *cumpriu suficientemente*, através da norma legislativa, os deveres que sobre ele impendem. Como estudaremos oportunamente, no primeiro caso o parâmetro de controlo aplicável é a proibição do excesso, no segundo é a proibição do defeito.

A ambiguidade sobre a colisão de posições do legislador e sobre o fim da norma compromete a determinação do parâmetro de controlo e dificulta o discernimento do parâmetro que o Tribunal *efetivamente* aplicou.

¹¹⁵⁵ Acórdão n.º 632/08, n.º 10, parte final: "[o] período [experimental] não pode deixar de ser limitado por lei. Por razões de defesa dos interesses do trabalhador – e por razões decorrentes do princípio constitucional da não precariedade injustificada do emprego – a duração da «experiência» tem que ter, evidentemente, um limite máximo fixado pelo legislador. Este terá, assim e em princípio, a liberdade de conformar o *quantum* da «prova», mas não a liberdade de deixar de o conformar." Por outro lado, a liberdade de conformação legislativa – referente apenas à escolha do tempo *concreto* de duração do período experimental – deve ser, também ela, limitada: "(a) duração do período experimental «não pode ser fixada em período de tal forma prolongado que resulte desvirtuado o princípio da segurança no emprego, como sucederá, indiscutivelmente, nos casos em que a duração se estendesse por tempo tão longo (dois ou três anos, por exemplo) que se teria de considerar estar-se perante uma fixação *fraudulenta*, forma *encapotada* de permitir o despedimento sem justa causa»".

¹¹⁵⁶ Acórdão n.º 632/08, n.º 13: "(...) o fim que a medida legislativa visa realizar (...) não pode ser outr[o] que não [o] de assegurar, para as duas partes no contrato de trabalho, um tempo cóngruo de duração da «prova» ou da «experiência»."

Como se assinalou, o acórdão não chegou a apreciar a questão da proporcionalidade e.s.e. Por outro lado, apreciou (e admitiu¹¹⁵⁷) a adequação de forma suficientemente ambígua para, com uma ou outra *nuance*, se adaptar às metódicas dos dois *standards* de controlo antes mencionados. Porém, o exercício argumentativo realizado a propósito da epigrafada necessidade não se coaduna com a real aplicação do segmento da necessidade da proibição do excesso.

Retome-se o que se lembrou no número anterior: é jurisprudência persistente do Tribunal (e entendimento doutrinal generalizado) que o segmento da necessidade da proibição do excesso visa ajuizar se há medidas alternativas à adotada que tenham pelo menos *a mesma eficiência* que ela na prossecução do bem, interesse ou valor prevalecente, sendo embora *menos interferentes* no bem, interesse ou valor colidente¹¹⁵⁸. Ora, se houvesse que admitir que o fim da norma era resolver a colisão de deveres do legislador - e dos bens, interesses ou valores colidentes - satisfazendo o interesse do empregador em detrimento do direito do trabalhador, as alternativas expressa ou implicitamente consideradas não permitiam que esse desiderato fosse atingido com a mesma eficiência. Como o acórdão subentende, quanto maior é o período experimental mais intensa é a satisfação do interesse do empregador¹¹⁵⁹. Numa pura perspetiva de aplicação do segmento da necessidade tal como estruturado no contexto da proibição do excesso, a norma legislativa apreciada tinha de ser considerada necessária, uma vez que a alternativa (isto é, a solução anteriormente em vigor) não assegurava uma satisfação do interesse do

¹¹⁵⁷ O Tribunal afasta liminarmente a hipótese de desadequação, invocando uma incerteza epistémica empírica absoluta sobre "premissas que permanecem indemonstráveis". Citando **Novais, Os princípios...**, p. 168, assinala que a declaração de inadequação envolve a *prova* de que o meio usado é em si mesmo *inócuo, indiferente ou até negativo* por referência à obtenção aproximada dos efeitos pretendidos (os itálicos são do acórdão). Ora, «(...) nada parece legitimar a conclusão segundo a qual a solução contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 112.º da versão revista do Código [do Trabalho] é, em si mesma, um meio *típico* inidóneo ou inapto para a consecução do fim que com ele se pretende realizar. Afirmar que, *passada determinada altura*, um período de «prova» *deixa de servir* para que as «partes» de um contrato «se conheçam» – transformando-se por isso (e por mero decurso do tempo) num instrumento abstractamente inadequado para a realização de um tal fim – equivale a sustentar um argumento que assenta sobre premissas que permanecem indemonstráveis. Por isso, é ao Tribunal impossível dar razão, quanto a este ponto, ao requerente.» (acórdão n.º 632/08, n.º 12).

¹¹⁵⁸ V., por todos, acórdão n.º 187/01, n.ºs 17 a 25, citado pela relatora. Sobre o princípio da exigibilidade ou da necessidade: "princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato)".

¹¹⁵⁹ Releia-se a citação já antes transcrita: "Nesta medida, é sustentável que se alegue que qualquer aumento de duração desse mesmo período se traduzirá em *benefício* para a entidade patronal e em correspondente «compressão» dos *interesses* do trabalhador."

empregador com igual *intensidade*. Se, pelo contrário, houvesse que admitir que o fim da norma era a satisfação do interesse dos trabalhadores, as alternativas à norma fiscalizada eram melhores, mas prejudicavam mais intensamente os bens, interesses ou valores (dos empregadores) colidentes. Nessa perspetiva, a norma também não poderia ser declarada desnecessária e, concomitantemente, violadora da proibição do excesso. A declaração de inconstitucionalidade teria de se basear na aplicação de um parâmetro e num exercício manifestamente diferente daquele que decorre da metódica e da estrutura da proibição do excesso¹¹⁶⁰. Um parâmetro que assista no controlo de uma norma que visa um fim que se traduz no cumprimento simultâneo e equilibrado de *dois deveres* contraditórios do legislador.

Insistindo-se, não obstante, numa perspetiva de aplicação da proibição do excesso, teria de se prosseguir para a apreciação da proporcionalidade e.s.e., ponderando os efeitos negativos, de interferência mais pronunciada nos bens, interesses ou valores dos trabalhadores, com os efeitos positivos, de maior satisfação dos bens, interesses ou valores dos empregadores.

Se não foi aplicado o segmento da necessidade com a estrutura que o define na proibição do excesso, qual foi então o parâmetro de controlo usado para sustentar a invalidação da norma, sob a cobertura da violação do segmento da necessidade?

Uma possibilidade seria a recondução ao teste da proibição do defeito.

Mas, tal como no acórdão estudado no número anterior, teríamos de imaginar uma versão especialmente fortificada, uma vez que o Tribunal não se limitou a apurar se se verifica alguma de duas situações, ambas invalidantes de *M2*, a nova norma adotada pelo legislador: (i) *M1*, a solução legislativa vigente no momento da emissão da nova norma (*M2*), satisfazia evidentemente com mais eficiência o dever de proteção dos bens, interesses ou valores dos trabalhadores, satisfazendo em igual medida que *M2* os bens, interesses ou valores dos empregadores; ou (ii) *M1*

¹¹⁶⁰ Como resulta inequivocamente (embora os termos em que se expressa não sejam inequívocos...) do modo como a relatora descreve em que consiste e quais os objetivos do "teste" da «medida de valor da necessidade» (registre-se a não utilização do *nomen* necessidade ou exigibilidade): "A convocação [da medida de valor da necessidade] surge agora acompanhada da ideia de concordância prática: a *medida de valor da necessidade* – diz-se – deve aferir-se em função do que é indispensável, ou exigível, para a salvaguarda de outros interesses ou bens constitucionalmente protegidos. No caso (diz-se ainda) o *outro* bem ou interesse que se pretende salvaguardar, e que deve concordar praticamente com o bem «segurança no emprego», é o da livre iniciativa privada, consagrada – como já se viu – no artigo 61.º da Constituição." (acórdão n.º 632/08, n.º 13).

satisfazia com tanta eficiência quanto *M2* o dever de proteção dos bens, interesses ou valores dos trabalhadores, satisfazendo em maior medida que *M2* os bens, interesses ou valores dos empregadores. Como veremos a seu tempo, o segmento da eficiência exigível (isto é, o segmento que ocupa na proibição do defeito o lugar que a necessidade ocupa na proibição do excesso), na versão mínima que cabe ao juiz aplicar, tem este conteúdo¹¹⁶¹. No caso *sub judice* as respostas teriam de ser negativas, pelo que a proibição do defeito não determinaria a continuidade de *M1* e a invalidade de *M2*. A nova norma não é censurável à luz da proibição do defeito como norma de controlo. Mas não foi isso que o Tribunal concluiu.

Atentemos agora na introdução do tópico do *incremento marginal de eficácia*. Disse o Tribunal: “o eventual incremento marginal de eficácia que decorreria do alargamento do período experimental não tem, por si só, virtualidade para justificar que esse alargamento se faça de 90 para 180 dias para os trabalhadores não especializados, equiparando-os para esse efeito aos trabalhadores especializados”¹¹⁶².

Fala-se apenas de incremento marginal de eficácia (melhor se diria *eficiência*), não se mencionando o concomitante *incremento marginal da interferência*. Vejamos, todavia, como se pode ilustrar esta referência. Admitamos que, tal como o Tribunal implicitamente indica, a solução anteriormente em vigor no Código do Trabalho (*M1*) era equilibrada e aceitável do ponto de vista do parâmetro aplicável. Por outro lado, admitamos que vale a regra de que o acréscimo de satisfação de um bem, interesse ou valor através da norma apreciada (*M2*) tem utilidade marginal decrescente¹¹⁶³ (não podendo os graus e intensidades deixar de ser obviamente aleatórios). Assim, *M1* representava uma interferência no direito à estabilidade no emprego (*P1*) de grau 1 e uma intensidade de satisfação desse direito de grau 3; concomitantemente, *M1* implicava uma interferência no direito à livre iniciativa económica privada (*P2*) de grau 1 e uma intensidade de satisfação de *P2* de grau 3. Por seu turno, a nova opção do legislador (*M2*) representava uma interferência em *P1* de grau 2 e uma intensidade de satisfação desse direito de grau 2. Além disso, *M2* representava uma intensidade de interferência em *P2* de grau 0,5 e uma intensidade

¹¹⁶¹ V. *infra*, capítulo 21.

¹¹⁶² *Idem*, n.º 13.

¹¹⁶³ Cfr. *infra*, capítulo 18.

de satisfação desse direito de grau 3,5. Isto significava que a evolução legislativa de *M1* para *M2* tinha a consequência de *P1* 'perder' duas unidades (mais 1 de interferência e menos 1 de satisfação), enquanto *P2* apenas 'ganhava' uma unidade (menos 0,5 de grau de interferência e mais 0,5 de grau de satisfação). A medida legislativa apreciada, além de desequilibrar a relação entre *P1* e *P2*, inicialmente equilibrados na lei¹¹⁶⁴, implicaria uma melhoria marginal da posição de *P2* de significado menor que as perdas sofridas por *P1*. Por isso, *M2* não se justificaria à luz do subprincípio da necessidade, tal como configurado pelo Tribunal.

Esta operação confirma que o Tribunal não aplicou o segmento da necessidade da proibição do excesso ou, pelo menos, não o aplicou na sua versão comum. Recorreu sim àquilo que se pode designar de *modalidade ponderada* da necessidade. Adiante nos pronunciaremos sobre ela, apresentando os argumentos de ordem democrática (designadamente, a modificação *significativa* da estrutura da proibição do excesso e da distribuição de poderes entre legislador e juiz constitucional) que sempre consentiriam a sua aplicação apenas em situações excepcionais e os argumentos de ordem metódica que inviabilizam a sua racionalidade e objetividade.

5.1.1.2. Situações em que o legislador está adstrito a deveres de produção de normas sobre processo, procedimento, organização e financiamento

5.1.1.2.1. Acórdão n.º 254/99

O acórdão n.º 254/99¹¹⁶⁵ pronunciou-se sobre aquilo que, na sua própria visão, era "um conflito entre o direito à informação instrumental do direito de tutela jurisdicional, invocado pela recorrente, por um lado, e os direitos ao segredo comercial ou industrial, de autor ou de propriedade industrial e o interesse no

¹¹⁶⁴ Premissa que pode ser contestada, sendo discutível que *M1* satisfizesse *P2* com intensidade 3, isto é a mesma intensidade de satisfação garantida para *P1*. Uma outra hipótese de leitura da solução da lei e da nova solução, eventualmente mais aderente à perceção que se tem da lei laboral, seria: *M1* = *P1* 3 e 1; *P2* 2 e 1; *M2* = *P1* 2 e 2; *P2* 0,5 e 2,5. Mas, neste caso, não se poderia falar, diferentemente do que parece resultar do acórdão, de equilíbrio em *M1*.

¹¹⁶⁵ V., também, acórdão n.º 2/13.

respeito das regras de leal concorrência, por outro lado"¹¹⁶⁶. Embora pareça evitar-se intencionalmente recorrer à linguagem da concordância prática (a não ser remissivamente¹¹⁶⁷), também neste acórdão está projetada uma colisão de deveres do legislador. Por um lado, um dever positivo de possibilitação do acesso a informação administrativa, com vista à viabilização do exercício de certos direitos - designadamente de tutela jurisdicional. Por outro lado, o dever positivo de proteção de outros direitos, designadamente ao segredo comercial ou industrial, de autor e de propriedade industrial.

O acórdão n.º 254/99 é mais uma ilustração do que denominámos sistema de prevalências descontínuas: "(p)or um lado, reconheceu-se prevalência ao direito de informação quanto (...) aos elementos essenciais para a instrução de processos de defesa de direitos de autor e industriais [e] aos elementos relacionados com o

¹¹⁶⁶ A descrição dos bens, interesses ou valores em colisão resulta muito mais extensa do acórdão. Tratar-se-ia de:

"um conflito entre o direito à informação instrumental do direito de tutela jurisdicional, invocado pela recorrente, por um lado, e os direitos ao segredo comercial ou industrial, de autor ou de propriedade industrial e o interesse no respeito das regras de leal concorrência, por outro lado, (...) eventualmente na titularidade da pessoa detentora da autorização de introdução no mercado de certo medicamento. A decisão do Supremo Tribunal Administrativo (...) recorrida considerou que os direitos por último referidos se reconduzem ao direito de propriedade (artigo 62.º, n.º 1 da Constituição). Poderá invocar-se ainda em concurso, pelo menos quanto aos direitos de autor e de propriedade industrial, o direito à invenção científica, integrado na liberdade de criação cultural do Título II da Constituição (artigo 42.º), o interesse de livre iniciativa económica privada (artigos 61.º, n.º 1 e 80.º, alínea c)), o interesse no funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas (artigo 81.º, alínea e)) e o interesse numa política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país (artigo 81.º, alínea j)). Quanto à relevância dos interesses económicos por último referidos é bem claro que o desrespeito sistemático dos direitos de sigilo comercial e industrial dos produtores de produtos farmacêuticos poderia conduzir não só a uma grave perturbação das regras da concorrência neste sector de economia privada, como também uma redução drástica do acesso dos consumidores às inovações do mercado internacional de produtos farmacêuticos, com prejuízo da qualidade dos bens e serviços consumidos (artigo 60.º, n.º 1) senão do direito à protecção da saúde (artigo 64.º, n.º 1). Do outro lado da situação de conflito, o lado da recorrente, há que ponderar em concurso, os direitos de autor ou de propriedade industrial a fazer eventualmente valer em juízo, que chamam também à colacção as mesmas regras de leal concorrência em economia de mercado, mas também os interesses dos consumidores e da saúde na fiscalização da qualidade dos produtos farmacêuticos, dos seus perigos tóxicos e da sua aptidão clínica." (n.º 12).

¹¹⁶⁷ Acórdão n.º 254/99: "Trata-se, portanto, como se diz no Acórdão n.º 177/92 (*ibidem*) de harmonizar "os direitos em confronto, para se ser levado, se tal se mostre necessário, à *prevalência* (ou *razão de prevalência*) de um direito ou bem em relação a outro", ou, como se diz no Acórdão n.º 288/98 (pp. 1714-1725) "a harmonização, a concordância prática, se faz entre bens jurídicos, implicando normalmente que, em cada caso, haja um interesse que acaba por prevalecer e outro por ser sacrificado". Nas várias hipóteses de conflito há que determinar "em cada caso" genericamente "as razões de prevalência". É uma "ponderação casuística" (Acórdão n.º 177/92) e ao mesmo tempo generalizadora."

interesse colectivo na fiscalização da qualidade, da aptidão clínica e do perigo tóxico do medicamento, nomeadamente quanto à documentação toxicológica e farmacológica (...). Por outro lado, são na parte restante justificadas as restrições [ao direito à informação respeitantes] à consulta de elementos dos processos de autorização no mercado, de renovação, de autorização e de alteração de medicamento e à obtenção de certidões dos documentos correspondentes."

Qual o parâmetro a usar no controlo da constitucionalidade deste equilíbrio? O Tribunal descreve-o desta forma: "(...) a *exacta* delimitação dos documentos que podem ser comunicados e dos que permanecem sob sigilo na hipótese *sub judice* sempre exige uma cuidadosa ponderação do conflito de direitos e interesses constitucionalmente protegidos e uma demonstração da necessidade e proporcionalidade da recusa de acesso à informação. Tal ponderação e, portanto, o recurso aos critérios do artigo 18º sempre seriam adicionalmente necessários."¹¹⁶⁸ Aquele princípio da necessidade e da proporcionalidade ("esta não é mais do que a necessidade não apenas da existência de restrição, mas de certa medida ou modo de restrição") "vale directamente para todas as medidas restritivas dos direitos fundamentais."¹¹⁶⁹

Em vão, porém, se procuram no acórdão a estrutura e as etapas metódicas desse princípio da necessidade e da proporcionalidade, ou o rasto da respetiva aplicação¹¹⁷⁰. Sintomaticamente, a confirmação pelo Tribunal da inconstitucionalidade da norma julgada parece ter assentado, afinal, numa mera operação de *balancing* dos vários interesses em presença, atribuindo-se numas circunstâncias maior peso a uns (devendo então prevalecer nessas circunstâncias) e noutras circunstância maior peso a outros.

¹¹⁶⁸ Acórdão n.º 254/99, n.º 10.

¹¹⁶⁹ **Andrade, Os Direitos...**, p. 269, critica este acórdão essencialmente por ter aceite a possibilidade de uma restrição de direitos sem previsão constitucional expressa.

¹¹⁷⁰ O mesmo se diga em relação ao acórdão n.º 2/13, donde se extrai a atípica e algo enigmática versão de dupla proporcionalidade que assinalámos anteriormente.

5.1.1.2.2. Acórdão n.º 20/10

O acórdão n.º 20/10, incidiu sobre uma norma processual civil de prazos que procurava articular "os «valores» da celeridade processual e do princípio do contraditório", em cumprimento de várias "obrigações" quanto à organização do processo que decorrem, para o legislador, do artigo 20.º. Tais valores ou *finals*, embora potencialmente colidentes, são todos, conforme o Tribunal, constitucionalmente protegidos e com igual relevância. "Ora, quando vinculado por vários valores constitucionais, díspares entre si pelo conteúdo mas iguais entre si pela relevância, deve o legislador optar por soluções de concordância prática, de tal modo que das suas escolhas não resulte o *sacrifício unilateral de nenhum dos valores em conflito, em benefício exclusivo de outro ou de outros.*" Consequentemente, também aqui sobressaem as alusões a deveres positivos do legislador, desta vez orientados à satisfação de bens, interesses ou valores objetivos, princípios do processo, a serem cumpridos através da produção de legislação e de regras de processo.

No caso, o Tribunal entendeu que o legislador atingiu uma solução legislativa de equilíbrio, não incorrendo no sacrifício unilateral de nenhum dos "valores" colidentes. Conclui-se, por conseguinte, que não houve nenhum "excesso" no modo como o legislador procurou articular os referidos "valores".

Interessa fixar a frase que explicita essa ausência de *excesso*: "A medida que aí se fixou não se mostra nem inadequada, nem desnecessária, nem desproporcionada face aos fins de política legislativa que a orientaram, pelo que não implicou, efetivamente, o sacrifício unilateral do valor ínsito na «proibição de indefesa», potencialmente conflituante com os valores da celeridade processual, da segurança e da paz jurídica. A solução que foi achada correspondeu antes a uma forma cônica de fazer concordar praticamente os diferentes «interesses» em conflito...". Mais uma vez, portanto, a referência à aplicação da proibição do excesso na sua estrutura habitual, mas ausência de real aplicação e demonstração do modo como os vários "passos" ou "etapas" são percorridos e da sua relação com os fins díspares ou até contraditórios da norma.

5.1.1.3. Síntese do padrão de comportamento do Tribunal no julgamento de normas emitidas em situações em que o legislador está simultaneamente adstrito a deveres de proteção e de abstenção e em situações em que o legislador está adstrito a deveres de produção de normas sobre processo, procedimento, organização e financiamento

Os acórdãos visitados nos dois números anteriores partilham, com uma ou outra peculiaridade, um padrão com os seguintes vetores: (i) incidem sobre normas legislativas que procuram enfrentar uma colisão de bens, interesses ou valores e uma colisão de deveres do legislador; (ii) recorrem à linguagem da concordância prática e/ou da harmonização, normalmente associada à linguagem da proporcionalidade ou de (todos ou alguns) segmentos da proporcionalidade; (iii) aludem ao objetivo da realização paritária ou igualitária dos bens, interesses ou valores colidentes, realizada, designadamente, através de (iv) várias versões do sistema de prevalências descontínuas; (v) refugiam-se frequentemente em fórmulas nominais ou vazias de proporcionalidade, furtando-se a explicitar rigorosamente a estrutura, a metódica ou o *iter* argumentativo, que está por trás delas. Acresce que, embora não se possa afirmar confiantemente que o TC recusa de pleno a possibilidade de qualquer relação de prevalência ou hierarquia entre normas constitucionais ou bens, interesses ou valores com consagração constitucional - sejam direitos fundamentais ou outros interesses constitucionais -, existem pelo menos suficientes indícios de relutância em aceitar essa possibilidade. De um modo geral, o Tribunal assume que os bens, interesses ou valores constitucionais têm o mesmo valor ou peso abstrato. Esta posição doutrinal não resulta de nenhum exercício de ponderação ou de contrapeso, mas de uma operação de *interpretação constitucional*.

Mais problemática que esta última posição, é a determinação das consequências que o Tribunal retira dela no que concerne à definição dos parâmetros de controlo de normas legislativas. Notoriamente, o Tribunal não tira sempre as mesmas consequências, não utiliza sempre os mesmos instrumentos analíticos, nem os utiliza sempre da mesma maneira. Além de não utilizar sempre os mesmos

instrumentos, também não os relaciona sempre do mesmo modo. Aliás, são raras as tentativas de os colocar em perspetiva e de os articular¹¹⁷¹. Uma das chaves para tentar encontrar a meridiana jurisprudencial sobre esse tema seria seguramente o esclarecimento dos conceitos de *concordância prática*¹¹⁷², *harmonização e otimização* e das suas relações com a ideia de *proporcionalidade* ou *proibição do excesso*. Todavia, essa é uma tarefa que enfrenta a dificuldade da profusão de sentidos que o Tribunal atribui. Em termos gerais, pode apenas notar-se que em algumas ocasiões se infere que a concordância prática coincide com a ideia de harmonização¹¹⁷³. Por vezes, estas duas expressões (isoladas ou em conjunto) aparecem associadas à ideia de otimização¹¹⁷⁴. E, para fechar o círculo, já se disse que a concordância prática é a "corporização da própria ideia de proporcionalidade"¹¹⁷⁵.

Esta prolixidade não permite afirmar com confiança que a sugestão que faremos ao longo do texto, no sentido de se entender a harmonização como o objetivo geral em situações de colisão, a concordância prática como algo equivalente à harmonização e a proporcionalidade em sentido moderno como instrumento ou técnica (entre outras) de atingir aqueles objetivos, corresponde exatamente à posição do Tribunal.

¹¹⁷¹ E quando é feita a tentativa, os resultados requerem por vezes um exercício de descodificação que pode não ser linear. V., por exemplo, este trecho do acórdão n.º 113/97, n.º 3.1: "alguma doutrina (...) perflha o entendimento de que, na hipótese de conflito entre [a liberdade de imprensa e o direito ao bom nome e reputação], *após se não encontrar uma optimização equilibrada e equalizante* entre ambos, o que pressupõe a concreta *ponderação de interesses* em jogo, e após se concluir pela *impossibilidade de uma concordância prática* - critério que implica necessariamente o respeito pelo *princípio da proporcionalidade* em termos de se não dever diminuir a extensão e alcance do conteúdo daquele direito que eventualmente, nessa ponderação, venha a ser *prevalecido* -, é possível, em determinadas situações, concluir-se que a *esfera de protecção* de um desses direitos esteja, à partida, diminuída, como será o caso do direito à honra de figuras públicas, designadamente os titulares de cargos políticos, direito cuja amplitude deve ser tida por menos extensa em confronto com os demais cidadãos" (itálicos aditados)

¹¹⁷² As referências à concordância prática são inabarcáveis - o que torna impossível assegurar que se referem sempre à *mesma coisa*. Cfr. entre muitos, acórdãos n.ºs 177/92, 289/92, 113/97, 288/98, 254/99, 20/10, 340/13.

¹¹⁷³ Seguindo o Tribunal, ao que é possível deduzir, a doutrina de **Canotilho**. Cfr. a edição de 1998 do **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1098. Sobre a nossa posição, v. *infra*, capítulo 25.

¹¹⁷⁴ Assim, acórdãos n.ºs 177/92 ("otimização ponderada") e 113/97 ("otimização equilibrada").

¹¹⁷⁵ Acórdãos n.º 289/92 e, mais claramente, n.º 632/08, n.º 13.

Porém, há certamente pontos de apoio dessa orientação na jurisprudência constitucional portuguesa¹¹⁷⁶.

5.1.1.4. Situações em que o legislador está adstrito a deveres de materialização ou de não interferência em direitos sociais

Embora a materialização de direitos sociais se realize também através do cumprimento de deveres positivos do legislador (e do exercício de outros poderes de autoridade), esses deveres estão sujeitos a um regime jusconstitucional diverso dos deveres de proteção e dos deveres de produção de normas sobre processo, procedimento, organização e financiamento. Um dos aspetos fulcrais é a existência de um nível mais intenso da liberdade de conformação do legislador e a circunstância de o dever positivo do legislador conflitar ou ser limitado pelo fim ou interesse da garantia da sustentabilidade do direito social e da sustentabilidade financeira presente e futura.

Em algumas ocasiões, o Tribunal entendeu que o princípio da proibição do excesso se aplica no controlo das normas legislativas que interfiram em direitos sociais com o fim de promover bens, interesses ou valores públicos. Por vezes, essa aplicação é implícita, porventura não totalmente refletida. Não se pode falar ainda de uma orientação estável e insofismável, até porque alguns dos acórdãos em que essa abertura se manifesta sofreram posteriores reavaliações¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁶ O uso do termo harmonização mesmo em situações onde há o sacrifício *total* de uma das posições jurídicas subjetivas em colisão para satisfação de outra verifica-se, por exemplo, no acórdão n.º 205/00, relatado por M. P. Beza, sobre aquisição da propriedade por acessão (artigo 1340.º do CC), já referenciado *supra* no texto.

¹¹⁷⁷ **Morais, Curso de Direito Constitucional...**, tomo II, vol 2, pp. 578 ss., vai mais longe, desvalorizando os acórdãos estudados de seguida no texto e sustentando que o princípio da proporcionalidade não opera autonomamente no domínio dos direitos sociais.

5.1.1.4.1. Acórdão n.º 88/04

É o que se passa com o acórdão n.º 88/04. Em causa estava uma colisão entre o direito à segurança social (artigo 63.º, n.º1, na especificação do n.º 3) e um pretenso objetivo do legislador de incentivar o casamento (em detrimento da união de facto)¹¹⁷⁸. Porém, a matéria desse acórdão recebe uma abordagem distinta em outros anteriores e posteriores, alguns tirados em Plenário¹¹⁷⁹, em termos que suscitam, pelo menos, a dúvida sobre se não terá caído também a aplicabilidade do princípio da proibição do excesso a colisões em que estejam em causa direitos sociais¹¹⁸⁰.

5.1.1.4.2. Acórdãos n.ºs 67/07, 512/08 e 221/09

Situação semelhante é a que se verifica com o acórdão n.º 67/07.

Desta feita tratava-se de uma colisão entre, por um lado, o direito à proteção da saúde, bem como o carácter universal e tendencialmente gratuito do SNS (artigo 64.º) e, por outro, o fim de incentivar o uso do cartão do utente do SNS pela população, simplificando e desburocratizando o acesso. A norma foi julgada inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade. Porém, um ano depois, o acórdão n.º 512/08¹¹⁸¹ mostraria que a abordagem do anterior não correspondia a um entendimento unânime ou indiscutido no Tribunal. Pronunciando-se sobre o mesmo tema e norma, chega à conclusão, inversa, da não inconstitucionalidade. A aplicação do princípio da proporcionalidade aos direitos sociais não é explicitamente refutada, mas a base em que assenta é diferente da do acórdão

¹¹⁷⁸ O relator Gil Galvão manifestou dúvidas sobre qual o verdadeiro objetivo da norma legislativa ("qualquer que este seja"), n.º 10.7.

¹¹⁷⁹ V. acórdãos n.ºs 195/03, 159/05, 614/05 e 651/09 (os dois últimos, produzidos em Plenário)

¹¹⁸⁰ Essa é uma das interpretações possíveis (mas não inevitáveis) do acórdão n.º 651/09, na medida em que nas normas sobre direitos sociais só encontra um núcleo essencial, a que corresponde um "dever certo indisponível" do legislador, e uma zona onde vale um poder próprio de conformação deste. A questão de saber se nesta "zona" se aplica a proibição do excesso não é tratada. Saliente-se, todavia, que este acórdão é posterior ao acórdão n.º 221/09, donde consta a frase significativa que sublinhamos no número que se segue.

¹¹⁸¹ Acórdão n.º 512/08.

anterior. Os direitos sociais podem constituir padrões positivos de controlo da constitucionalidade das leis e podem justificar a sua desaplicação, mas o parâmetro para essa desaplicação restringe-se a "um certo conteúdo mínimo do direito que se torne determinável por interpretação da norma constitucional"¹¹⁸².

A discrepância entre as duas posições sobre o mesmo tema viria a ser resolvida um ano mais tarde, através do acórdão n.º 221/09. Significativa é uma frase que o relator introduz, que não constava do acórdão n.º 512/08, por ele também relatado: "(n)ada parece, também, obstar a que o controlo das soluções legislativas incidentes sobre direitos sociais se efectue por via da aplicação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade em sentido estrito" ¹¹⁸³.

5.1.1.4.3. Acórdão n.º 612/11

Mais recentemente o acórdão n.º 612/11 pronunciou-se sobre uma colisão entre o direito das instituições particulares de solidariedade social ao apoio do Estado (artigo 63.º, n.º 5)¹¹⁸⁴ e o fim da salvaguarda da livre e justa concorrência (artigo 81.º, alínea f)).

¹¹⁸² Sendo esta *ratio* razoavelmente retilínea, embora eventualmente discutível, o acórdão embrenha-se depois no labirinto das distinções entre restrições, condicionamentos e regulamentação (assimilando, pelo meio, norma restritiva e norma desproporcionada), para defender que as "exigências e cautelas" (*sic*) do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, não são aplicáveis às duas últimas. Finalmente, sustenta que não há restrição, mas apenas mero condicionamento do direito e conclui (algo contraditoriamente com os pressupostos teóricos definidos anteriormente) que o condicionamento não é excessivo ou intolerável.

¹¹⁸³ Acórdão n.º 221/09, citando **Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 7.ª ed., p. 472.**

¹¹⁸⁴ Como notámos anteriormente, o perfil da colisão aqui registada pode suscitar dúvidas, uma vez que também se pode entender que o Tribunal valorizou sobretudo a colisão entre dois interesses públicos: o interesse em que as entidades do setor social desempenhem funções de utilidade pública e o interesse da livre e justa concorrência.

5.1.1.5. As insuficiências e cautelas da aplicação da proibição do excesso em situações de deveres de materialização de direitos sociais

Os acórdãos que indiciam a aplicação da proibição do excesso no domínio dos direitos sociais merecem atenção¹¹⁸⁵, uma vez que, tal como sucede com outros que estudámos em números anteriores, põem a nu insuficiências metódicas do raciocínio judicial.

Regressemos ao acórdão n.º 88/04. O Tribunal entendeu que a norma em causa, na medida em que obrigava o unido de facto sobrevivente a fazer prova de indigência para lhe ser concedida pensão de sobrevivência, limitava o direito social em termos que violavam os três segmentos da proporcionalidade. Ora, sendo porventura o primeiro acórdão a fazer uma inequívoca tentativa de aplicação da proibição do excesso num episódio de colisão de direitos sociais e bens, interesses ou valores coletivos ou públicos, é também um dos primeiros a espelhar a dificuldade em aplicar um instrumento de mediação de operações de ponderação e harmonização sem determinar com precisão e ter em conta a estrutura deontológica das normas que parametrizam o comportamento do legislador. Por não ter em conta que o legislador estava sujeito a um *dever positivo* de materialização do direito social e beneficiava de uma *permissão* para, no exercício da sua liberdade de conformação, promover o casamento em detrimento da união de facto, realizou um mero juízo sobre se o legislador se excedeu na promoção deste segundo objetivo. Ora, nesse contexto, numa pura lógica de aplicação dos segmentos da proibição do excesso tal como eles

¹¹⁸⁵ Porém, há que proceder com cautela, uma vez que pode haver situações em que o Tribunal aparentemente aplica o princípio da proporcionalidade (ou, pelo menos, evoca a linguagem da proporcionalidade), mas na verdade recorre a um parâmetro diferente. Veja-se o caso do acórdão n.º 349/91, onde estava em causa uma norma que estabelecia a impenhorabilidade total de pensões da segurança social. Na circunstância, admitiu-se o sacrifício, mesmo que total, de um dos direitos em colisão (o direito do credor, coberto pelo n.º 1 do artigo 62.º) para garantir o outro (o direito fundamental do pensionista a receber uma pensão que lhe garanta um mínimo de sobrevivência condigna, consignado no artigo 63.º e/ou no artigo 1.º). Isto é, apesar de referências à proporcionalidade e aos seus segmentos (n.º 7: “Em casos de *colisão* ou *conflito* entre aqueles dois direitos, deve o legislador, para tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sacrificar o direito do credor, na medida do necessário e, se tanto for preciso, mesmo totalmente, não permitindo que a realização deste direito ponha em causa a sobrevivência ou subsistência do devedor. Toda a questão está, pois, em que o legislador adopte «um critério de *proporcionalidade* na distribuição dos custos do conflito»”), o parâmetro usado foi o da *garantia do conteúdo essencial da norma* do direito social ou, em alternativa o do próprio princípio da dignidade humana.

são em geral entendidos pelo Tribunal¹¹⁸⁶, seria muito difícil considerar a norma em causa inadequada para atingir o fim, e até mesmo desnecessária para satisfazer esse fim com o grau de eficiência presumivelmente pretendido pelo legislador.

A inadequação ou desnecessidade poderia apenas resultar de uma aplicação de um teste que visasse primordialmente verificar se o legislador *cumpriu o seu dever de ação positiva* na medida exigível. Para isso, o fim a usar como referência não é exclusivamente o da promoção do casamento, mas sim o fim da materialização do direito social e, paralelamente, o fim da satisfação do bem, interesse ou valor que o legislador entende que também deve ser prosseguido, ainda que em colisão com o fim da materialização do direito social. Como explicaremos desenvolvidamente¹¹⁸⁷, esta é a estrutura e a metódica própria da *proibição do defeito* e não da proibição do excesso. Embora a conclusão do acórdão - a inconstitucionalidade da norma em causa - possa ser considerada conforme com o que a consciência jurídica intuitivamente dita, a sua fundamentação racional é obscurecida pela utilização de um quadro conceptual e metódico impróprio.

A frugalidade da fundamentação do acórdão n.º 67/07 - que nem sequer se refere individualmente aos três segmentos do princípio -, impede que se compreenda se o Tribunal refletiu sobre o alcance e significado da aplicação da proibição do excesso neste tipo de colisões. Ainda assim, uma análise mais detida chegaria certamente aos mesmos reparos que os do parágrafo anterior¹¹⁸⁸.

O acórdão n.º 612/11 suscita outra ordem de considerações. Também aí o Tribunal prescindiu de uma análise precisa da estrutura deontica das normas que enquadravam o comportamento do legislador. O legislador produziu uma norma que obrigava as instituições do setor social que pretendessem ter acesso à

¹¹⁸⁶ Reiterados no próprio acórdão. Por exemplo, linhas antes tinha-se escrito que a inadequação só poderia ser declarada se fosse demonstrada "*uma manifesta inadequação da medida*". Ora, parece óbvio que uma solução legislativa que trata mais favoravelmente as situações de casamento do que as situações de união de facto não pode ser considerada manifestamente inadequada para o fim da promoção do casamento em detrimento da união de facto...

¹¹⁸⁷ Capítulo 21.

¹¹⁸⁸ Assim, se o fim a considerar na apreciação da inadequação era o fim do incentivo do uso do cartão de utente do SNS não se vê como é que poderia ser considerada inadequada a norma que tinha como consequência que quem não usasse aquele cartão tinha de pagar taxas moderadoras. Observação idêntica se pode fazer para a necessidade: se o legislador pretendeu, através da generalização do uso do cartão de utente, atingir fins de simplificação, de desburocratização e de fácil controlo pessoal do utente, não se vê que outros meios alternativos poderiam atingir esse desiderato com a mesma eficiência. Estes argumentos são certamente invocados no acórdão n.º 221/09, n.º 6 (v. porém, declarações de voto, designadamente de Sousa Ribeiro e Benjamim Rodrigues).

propriedade de farmácias e à atividade farmacêutica a constituírem sociedades comerciais. A norma pretendia resolver a colisão entre o direito das instituições particulares de solidariedade social ao apoio do Estado e o fim da salvaguarda da justa concorrência. Com a emissão dessa norma, o legislador pretendia cumprir *dois deveres positivos* que sobre ele impendem: o dever de apoiar aquelas instituições e o dever (*incumbência prioritária*, na linguagem do artigo 81.º, alínea f)) de assegurar uma equilibrada concorrência.

O Tribunal achou que o legislador poderia optar por corresponder aos *dois deveres* conjugada e equilibradamente, criando uma situação de *compromisso* (palavras do acórdão) entre as condições de apoio ao setor social e a justa concorrência, sacrificando apenas marginal e igualitariamente cada um desses dois desideratos. Contudo, embora se possa invocar uma ideia unificadora de proporcionalidade (em sentido moderno), nenhuma dessas hipóteses corresponde ao objeto típico da proibição do excesso, mas sim ao de outros parâmetros em que a proporcionalidade em sentido moderno se desdobra.

Como veremos, alguns desses parâmetros impõem uma atitude marcadamente deferencial do Tribunal perante o legislador, isto é, mais marcada do que na proibição do excesso¹¹⁸⁹. Essa atitude transparece no acórdão. Sinal disso é que a conclusão de não violação do princípio não é antecedida por uma operação formal, exaustiva e transparente de ponderação do peso de todas as razões que sustentavam a não interferência no interesse das entidades sociais de prosseguirem *todas* as suas atividades de acordo com a sua forma própria de operação, em comparação com o peso de todas as razões que sustentavam a satisfação do interesse público de uma concorrência livre e justa.

¹¹⁸⁹ Sendo que mesmo aí a tendência é para a deferência. Recorde-se a fórmula, muitas vezes reelaborada mas mantendo o sentido original, logo adotada no acórdão n.º 25/84: o Tribunal “não possui competência técnica nos variados domínios do conhecimento, nem competência funcional para emitir valorações, para controlar os objetivos políticos do legislador quanto à sua correção e oportunidade.”

5.1.2. A necessidade de clarificação e refinamento analítico dos vários parâmetros de controlo

Durante quase três décadas o Tribunal mostrou pouca inclinação para distinguir entre vários instrumentos mediadores de controlo (não interessa estudar, já neste capítulo, os instrumentos mediadores do exercício da própria atividade legislativa) que funcionem como parâmetros de avaliação das normas legislativas - os meios - à luz dos concretos fins visados. Isso desemboca no panorama exposto: à falta de um instrumentário completo, o Tribunal foi muitas vezes forçado a apelar aos quadros analíticos e conceptuais da proporcionalidade clássica de forma desajustada e, em última análise, apenas nominal.

Amiúde a invocação do princípio da proporcionalidade e dos seus segmentos, ou o uso da linguagem da proporcionalidade, oculta *fórmulas vazias* ou opções dogmáticamente insubistentes. Isso é suscetível de ser suplantado apenas com um esforço de melhor mapeamento da estrutura deontica das normas que enquadram a ação do legislador na emissão de normas e de refinamento da estrutura e da metódica do parâmetro de controlo aplicável.

Em 2010, o Tribunal deu passos relevantes na direção desse maior refinamento, embora talvez ainda não passos suficientemente seguros para serem considerados definitivos.

5.1.3. A receção formal da proibição do defeito

Interessam-nos os acórdãos n.ºs 75/10 e 166/10¹¹⁹⁰.

Sobre o cumprimento de injunção constitucional de proteção do nascituro, resumiu o relator do acórdão n.º 75/10, SOUSA RIBEIRO:

"Na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou

¹¹⁹⁰ Antes disso, veja-se também a declaração de voto de vencido de Cura Mariano no acórdão n.º 357/09. O acórdão não conheceu do mérito da questão, mas aquele juiz discorre sobre se o "não reconhecimento de um direito de indemnização pelo dano da morte de um nascituro concebido é causa de um défice de tutela da vida intra-uterina, exigida pelo disposto no artigo 24.º, n.º 1, da C.R.P." Recorrendo à doutrina de **Canaris** sobre a proibição da insuficiência, sustenta que no caso haveria inconstitucionalidade, por violação dos artigos 2.º e 24.º, por *défice de tutela* da vida intra-uterina.

proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a *proibição do excesso*, por afectação, *além* do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida, nas suas componentes jusfundamentais do direito à vida e à integridade física e moral, à liberdade, à dignidade pessoal e à autodeterminação. Mas também deve, no pólo oposto, não descurar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida *mínima*, sendo violada a *proibição de insuficiência* ("*Untermassverbot*") quando as normas de protecção ficarem *aquém* do constitucionalmente exigível."

E acrescenta mais abaixo:

"Podendo optar por consagrar uma protecção superior ao mínimo que lhe é jurídico-constitucionalmente *imposto*, o legislador não pode ultrapassar os limites que resultam da proibição do excesso (em último termo, do princípio da proporcionalidade). Só serão constitucionalmente conformes as soluções que respeitem ambas as proibições."

Trata-se de uma situação de omissão parcial, claramente não enquadrada pelo artigo 283.º.

Relevante é não apenas a receção da figura da proibição do defeito mas também o esforço de definir a forma como se articula com a proibição do excesso, talvez a maior *crux* da teoria da proporcionalidade em sentido moderno. Mas merece também realce, pelo seu significado dogmático, a explicitação do que significa falar de ampla margem de livre conformação do legislador e a associação entre a ideia de *medida mínima* e a proibição do défice ou da insuficiência¹¹⁹¹. Adiante trataremos exaustivamente desses pontos¹¹⁹².

Embora o acórdão n.º 75/10 não tenha levado até às últimas consequências o exercício analítico da determinação da estrutura deontica das normas que balizavam o comportamento do legislador, resulta claro que se estava perante uma colisão entre um *dever positivo* de protecção de um bem, interesse ou valor

¹¹⁹¹ Acórdão n.º 75/10, n.º 11.4.3.

¹¹⁹² *Infra*, capítulo 21.

constitucionalmente garantido e um *dever negativo* - com igual força constitucional - de abstenção de perturbação de bens, interesses ou valores constitucionalmente garantidos.

A primeira nota a propósito do outro acórdão que se pronunciou inequivocamente a favor da receção da figura da proibição da insuficiência ou do défice de comportamento legislativo (acórdão n.º 166/10)¹¹⁹³ é que a combinação deontica é menos cristalina. Tratava-se de apreciar uma norma que dispensava a audição dos credores providos com garantia real nas fases de venda ordenada pelos Serviços de Finanças e, fundamentalmente, quando era ordenada a venda por negociação particular e feita a adjudicação consequente. O Tribunal examinou se o legislador havia cumprido suficientemente o dever de legislar com vista a proteger *o direito do credor à satisfação do seu crédito*. O fim - de interesse público - que alegadamente conflituava com a proteção daquele direito era o da *cobrança coerciva de impostos* em termos eficientes. Portanto, pode dizer-se que há um *dever positivo* do legislador de criar condições legislativas e procedimentais para que os credores possam ver realizado o seu direito à satisfação dos créditos. Na visão do Tribunal, isso colidia no caso *sub judice* com o interesse da dispensa, em execução fiscal, da audição prévia de credores reclamantes com garantia real para efeitos de escolha da modalidade de venda e de fixação do preço base, de modo a lograr-se a cobrança de impostos para a prossecução do interesse público¹¹⁹⁴. A questão que se pode colocar é se a prossecução deste interesse público também é objeto de um *dever positivo* ou se (como parece) existe apenas uma *permissão constitucional* a prosseguir-lo, mantendo o legislador total liberdade de conformação sobre se o prossegue ou não, quando e como (isto é, designadamente, com maior ou menor sacrifício do bem, interesse ou valor colidente). O Tribunal, confirmando uma prática reiterada, não esclarece esse ponto. Mas ele é importante como base de partida para a definição da estrutura da modalidade da proibição do defeito a mobilizar¹¹⁹⁵.

¹¹⁹³ Tendo sido declarada pela primeira vez, em termos expressos e assumidos, a inconstitucionalidade de uma norma por violação da proibição do défice ou da insuficiência.

¹¹⁹⁴ N.º 14.

¹¹⁹⁵ V. *infra*, capítulo 21, sobre a proibição do defeito, onde se distingue entre a proibição do defeito paritária e a proibição do defeito não paritária, daí se extraindo consequências estruturais e metódicas.

Não obstante, o Tribunal procurou dar um passo mais na densificação da estrutura e da metódica da proibição do defeito. É certo que não se livrou de alguma ambiguidade quanto a aspetos dogmaticamente decisivos como, por exemplo, a questão de saber se toma como referência a modalidade imprópria ou a modalidade própria da proibição do defeito. A modalidade imprópria não supõe a realização de operações de ponderação. Quando o Tribunal começa por adiantar que existe défice constitucional da proteção "(i) sempre que se verificar que a protecção não satisfaz as exigências *mínimas* de eficiência que são requeridas pelas posições referidas; (ii) cumulativamente, sempre que se verificar que tal não é imposto por um relevante interesse público, constitucionalmente tutelado"¹¹⁹⁶, esta frase, em mais do que uma das interpretações possíveis, parece apontar para uma estrutura não necessariamente ponderativa da proibição do defeito.

Sem embargo, no desenvolvimento subsequente, o Tribunal ocupa-se efetivamente da ponderação dos bens, interesses ou valores em presença. Porém, não de forma linear. Começa por anunciar que cabe fazer um juízo da *razoabilidade da ponderação* efetuada pelo legislador entre os bens e os valores em conflito. Sobre o que se pondera, são apresentadas duas variantes, eventualmente conciliáveis: (i) "...ponderação entre a intensidade do sacrifício imposto ao direito do credor à satisfação do seu crédito e a necessidade da dispensa, em execução fiscal, da audição prévia de credores reclamantes com garantia real para efeitos de escolha da modalidade de venda e de fixação do preço base."; (ii) "...ponderação [entre] a intensidade do sacrifício imposto à posição jusfundamental e a necessidade e vantagem para o interesse público resultante desse mesmo sacrifício."

Mas será que o Tribunal efetuou realmente um exercício de ponderação? Vejamos: respondendo à pergunta sobre "*se, e em que medida, é efetivamente necessária* para a realização do interesse público de cobrança coerciva de impostos, a dispensa da audição prévia dos credores com garantia real"¹¹⁹⁷, o Tribunal concluiu "que a dispensa de audição prévia dos credores reclamantes com garantia real não pode, objectivamente, ser considerada uma medida *necessária*, de forma tal que a sua ausência comprometa inelutavelmente os fins pertinentes de interesse colectivo".

¹¹⁹⁶ Acórdão n.º 166/10, n.º 13.

¹¹⁹⁷ Itálico no original.

Por outras palavras, o Tribunal entendeu que havia alternativas à dispensa de audição (o meio adotado) que, sem afetar a intensidade de satisfação do fim de interesse público (a cobrança coerciva eficaz), poderiam permitir uma satisfação mais intensa do fim da proteção do direito do credor à satisfação do seu crédito.

No momento próprio observaremos que a doutrina diverge sobre a estrutura do segmento da necessidade no âmbito da proibição do defeito e, mais geralmente, sobre se esse segmento envolve ou não ponderação¹¹⁹⁸. Por agora, basta notar que aquilo que o Tribunal inequivocamente fez, foi averiguar da existência de medida(s) alternativa(s) à(s) vigente(s) que satisfizessem mais eficientemente o dever de ação, satisfazendo em igual medida que as vigentes os outros interesses visados pelo legislador com aquele colidentes. Por outras palavras, averiguou da *necessidade* (ou eficiência exigível) da medida legislativa.

Todavia, quando se refere que "a norma *sub judicio* não assegura uma ponderação *razoável* entre a posição jusfundamental que deve acautelar e o valor constitucional (de realização do interesse público) que com tal posição conflitua"¹¹⁹⁹, logo após se ter realizado meramente *a comparação entre a norma vigente e as possíveis alternativas*, própria da metódica da necessidade, surge a suspeita de que o Tribunal está a fundir ou a sobrepor os dois planos.

Por outro lado, não é seguro que a referência na parte final da fundamentação a que "...o legislador que conformou as normas pertinentes do CPPT não conferiu, às posições jurídicas tuteladas, a protecção eficiente que poderia ter conferido; e fê-lo por razões de interesse público que, uma vez ponderadas, se mostram, na sua relação com os outros bens e valores constitucionalmente tutelados, *claramente sobreavaliadas*"¹²⁰⁰, substitua ou expresse uma verdadeira operação de ponderação. Esta requer a valoração dos efeitos positivos e negativos da norma, mas requer também o seu contrapeso. Não basta dizer que um ou outro bem, interesse ou valor foi *sobreavaliado*. Tem de se demonstrar que essa *sobrevalorização* levou a uma operação de contrapeso errónea, por um dos bens, interesses ou valores estar sobreavaliado. E terá, coerentemente, de se fazer a valoração *correta* e o correspondente contrapeso. Tudo visto, portanto, há argumentos que permitem

¹¹⁹⁸ Capítulo 21.

¹¹⁹⁹ N.º 14.

¹²⁰⁰ Itálico aditado.

admitir que o Tribunal se limitou a apreciar *explicitamente* a necessidade, ficando na sombra todos os demais segmentos da proibição do defeito¹²⁰¹.

Apesar das zonas de penumbra, estes dois acórdãos constituem um assinalável progresso no refinamento do instrumentário ao dispor do Tribunal¹²⁰².

5.2. Proibição do desequilíbrio global manifesto

O refinamento analítico dos parâmetros de controlo através da receção da figura da proibição do defeito, a acrescer à proporcionalidade clássica ou proibição do excesso, pode ser insuficiente.

Na verdade, com a distinção entre proibição do excesso e proibição do defeito ficam, *grosso modo*, cobertas duas situações: (i) aquelas em que ao legislador é permitido atribuir prevalência à prossecução de um bem, interesse ou valor, com sacrifício de outro(s), havendo que assegurar que não o faz de modo *excessivo*; (ii) aquelas em que o legislador está sujeito a pelo menos um dever de ação, colidente com outro dever de ação ou de abstenção ou com uma permissão de ação ou de abstenção, havendo que assegurar que *cumpra suficientemente* o(s) dever(es) de ação.

No entanto, a jurisprudência do TC evidencia que há situações que não se reconduzem a nenhuma daquelas. É, designadamente, o caso de situações de sobreposição *cruzada e multipolar* de vários deveres *prima facie* de ação e vários deveres *prima facie* de abstenção do legislador que não fundamentam pretensões subjetivas de preferência *prima facie*, cabendo àquele criar condições de harmonização do respetivo exercício pelos respetivos titulares. Nesses casos, pede-se talvez um parâmetro de menor intensidade e de estrutura mais simples que vise apenas garantir que o legislador não promane uma solução global de desequilíbrio da satisfação dos vários interesses em presença.

¹²⁰¹ Falta saber se constituem precedente suficientemente robusto para estimular o Tribunal a usar doravante o parâmetro da proibição do defeito sempre que a estrutura deontica da colisão o determinar. Casos posteriores mostram uma persistente inclinação para continuar a recorrer (pelo menos nominalmente) ao princípio da proporcionalidade: v., por exemplo, o acórdão n.º 2/13, sobre acesso a documentos administrativos.

¹²⁰² Acórdão n.º 2/13, n.º 9.3.

Demonstraremos isso com recurso a três casos cujo espaçamento no tempo mostra um padrão persistente.

5.2.1. Acórdão n.º 99/88

O acórdão n.º 99/88 incide sobre normas que regulam a tensão entre o direito ao reconhecimento da paternidade, decorrente dos direitos à integridade pessoal (artigo 25.º, n.º 1) e à identidade pessoal (artigo 26.º, n.º 1) e os interesses contrapostos. Estes últimos seriam, “em primeiro lugar, e antes de mais, o interesse do pretense progenitor em não ver indefinida ou excessivamente protelada uma situação de incerteza quanto à sua paternidade, e em não ter de contestar a respectiva acção quando a prova se haja tornado mais aleatória; depois, um interesse da mesma ordem por parte dos herdeiros do investigado, e com redobrada justificação no tocante à álea da prova e às eventuais dificuldades de contraprova com que podem vir a confrontar-se; além disso, porventura, o próprio interesse, sendo o caso, da paz e da harmonia da família conjugal constituída pelo pretense pai.”¹²⁰³. Consequentemente, tratava-se de uma colisão de bens, interesses ou valores titulados por diferentes pessoas. Esta questão esteve sob o escrutínio do Tribunal em diversas ocasiões¹²⁰⁴, com contornos distintos, mas com o traço comum resultante de as normas apreciadas estabelecerem prazos de caducidade para a interposição de ações de investigação ou impugnação da maternidade ou da paternidade. No entanto, a metódica seguida no tratamento da temática variou¹²⁰⁵, como é patente no acórdão n.º 486/04¹²⁰⁶.

¹²⁰³ Acórdão n.º 99/88.

¹²⁰⁴ Cfr., designadamente, acórdãos n.ºs 99/88, 413/89, 451/89, 370/91, 506/99, 456/03, 486/04.

¹²⁰⁵ Depois de um primeiro sinal evolutivo dado pelo acórdão n.º 456/03, que se pronunciou pela inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 2, do Código Civil.

¹²⁰⁶ Como observámos *supra*, no acórdão n.º 486/04, o relator Paulo Mota Pinto aprecia o caso, primeiro, sob a lente da afetação do núcleo essencial do direito ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade (o relator parece inclinar-se *prima facie* para a afetação do núcleo essencial do direito ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade: cfr. n.º 18). Todavia, a parte final do acórdão deriva para a discussão e tentativa de demonstração da violação de segmentos do princípio da proporcionalidade (necessidade e proporcionalidade e.s.e.), acabando o dispositivo da decisão de provimento da inconstitucionalidade por mencionar apenas o artigo 18.º, n.º 2 (que o Tribunal entende reiteradamente ser a sede daquele princípio), sem invocar o artigo 18.º, n.º 3, ambos da Constituição. Todavia, como vimos acima, esta decisão não quadra com os padrões

Como noutros casos, não há uma decomposição fina de todas as posições do legislador perante aquela colisão de bens, interesses ou valores.

Se ela tivesse sido ensaiada porventura ter-se-ia concluído que o legislador está sujeito a uma apertada e inextricável rede de deveres de ação e de abstenção: (i) deveres de proteção de algumas das posições jurídicas subjetivas; (ii) deveres de proteção de outras posições contrapostas; (iii) deveres de produção de normas; (iv) deveres de abstenção de interferência em algumas daquelas posições jurídicas subjetivas (por exemplo, dever de abstenção de interferência na intimidade da vida familiar); tudo condimentado pela (v) permissão de salvaguardar interesses objetivos, como os da segurança e certeza jurídicas. Nada permite inferir que ao legislador fosse constitucionalmente requerido - ou até legítimo - atribuir a um dos bens, interesses ou valores em causa prevalência sobre os demais. E tão pouco parece defensável que existisse qualquer dever *específico* de proteger alguns dos bens, interesses ou valores em colisão contra o exercício dos outros. Aliás, o modo como o Tribunal lidou com o caso confirma isso¹²⁰⁷.

Todavia, também não é possível sustentar-se que o legislador se poderia alhear da potencial colisão, omitindo qualquer intervenção legislativa. A essa luz, a vantagem em recorrer a um parâmetro de controlo que se limite a presidir à verificação de que a solução legislativa não confere um tratamento *manifestamente desequilibrado* aos interesses em presença, com sacrifício unilateral manifesto de algum deles, em prol de outros, parece clara.

comuns da proibição do excesso, nem parece, em rigor, ser reconvertível aos padrões comuns da proibição do defeito, o que indicia a necessidade de pensar num outro parâmetro de controlo.

1207 “É o *equilíbrio* entre o direito do filho e este conjunto de interesses que normas como as dos n.ºs 3 e 4 do artigo 1817.º do Código Civil visam assegurar, sem que se possa dizer que o façam de modo desproporcionado (...) quer considerado o estabelecimento, em si, de prazos de caducidade, quer considerada a duração de tais prazos. E como todos os interesses em presença não deixam *igualmente* de encontrar ressonância constitucional - seja ainda nos artigos 25.º, n.º 1 (integridade moral), e 26.º, n.º 1 (direito à reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar), seja no artigo 67.º (protecção da família), seja só no valor da segurança e certeza do direito, já que a tal valor objectivo, que intimamente se connexiona com o direito à protecção jurídica (artigo 20.º), não pode negar-se *semelhante* dignidade num Estado justamente «de direito» -, eis como não pode ver-se excluída pela Constituição a solução consagrada pelo legislador nos preceitos questionados.” (acórdão n.º 99/88, *itálicos* aditados; v.. também, acórdão n.º 177/92).

5.2.2. Acórdão n.º 594/03

Estava em julgamento a proporcionalidade da norma que resolvia uma colisão entre o interesse do promitente comprador de imóvel que obtivera a tradição da coisa e o interesse do dono da coisa, promitente vendedor. Como no caso anterior, nenhum argumento resulta da Constituição que permita ao legislador atribuir a um dos bens, interesses ou valores em causa prevalência sobre os outros, embora o Tribunal tenha reconhecido (sem condenar a norma) que a posição do promitente comprador era "generosamente" tratada. E tão pouco parece defensável que existisse qualquer dever *específico* de proteger alguns dos bens, interesses ou valores em colisão contra os outros.

5.2.3. Acórdão n.º 314/13

Também interessam aqui os acórdãos que incidem sobre normas suscitadas pela colisão de bens, interesses ou valores de uma mesma pessoa. Isto é ilustrado por vários arestos produzidos sobre as condições estabelecidas pela lei para a remição de pensões anuais vitalícias atribuídas em caso de acidentes de trabalho incapacitantes¹²⁰⁸. Nessa circunstância está em causa a colisão entre o exercício da autonomia da vontade de trabalhador sinistrado e a necessidade de acautelar a subsistência condigna desse mesmo trabalhador ao longo de toda a sua vida.

Foi apreciada a proporcionalidade de medidas legislativas que limitam a autonomia da vontade do trabalhador sinistrado (impedindo-o, por exemplo, de requerer e obter a remição) com vista a garantir o que o Tribunal considera outro interesse material e constitucionalmente fundado, a necessidade de acautelar a subsistência condigna desse mesmo trabalhador ao longo de toda a sua vida. Todavia, não parece que o legislador possa decidir livremente dar prevalência a este ou aquele bem, interesse ou valor encabeçado pelo próprio sujeito em termos que suscitem a observância da proporcionalidade com o seu arsenal de cautelas¹²⁰⁹. Tão pouco é

¹²⁰⁸ V. uma lista no acórdão n.º 314/13.

¹²⁰⁹ Aliás, o acórdão solve a questão com três frugais linhas, limitando-se a asseverar que o regime normativo "mostra-se adequado e necessário, sem ultrapassar a justa medida, face ao interesse

concebível um dever de proteção de direitos do particular contra o exercício da sua liberdade e autonomia que suscite o controlo à luz da proibição do defeito.

5.3. Necessidade da lei penal

Uma parte muito significativa dos acórdãos que versam questões relativas à proporcionalidade incidem sobre normas penais ou de direito sancionatório. Se atendermos a que esse foi historicamente um dos alfobres do princípio, isso só pode ser encarado como natural. No momento próprio distinguiremos e apreciaremos as duas situações em que a ideia de proporcionalidade interseta com a matéria penal¹²¹⁰: (i) como instrumento de harmonização que guia a ação do legislador e o controlo da lei penal pelo juiz constitucional; e (ii) como critério que guia a imposição concreta de penas ou medidas de coação e de sanções em geral. Porém, mesmo quando suscitados a propósito da aplicação concreta de normas penais e congéneres, os arestos do TC pronunciam-se exclusivamente sobre a proporcionalidade *das normas*.

Encontram-se profusas referências ao princípio (ou princípios) da necessidade e da proporcionalidade, da subsidiariedade das penas ou da intervenção penal, da fragmentariedade, da necessidade das penas, da intervenção mínima, da máxima restrição das penas e medidas de segurança, da congruência. Mas as mais recorrentes referências são à *necessidade* e *proporcionalidade* (ou inversamente)¹²¹¹ e à *subsidiariedade*¹²¹², entendidos ora como princípios distintos ora como um único, mas, em qualquer caso, com consagração no artigo

garantístico perseguido, mormente por referência aos montantes das prestações asseguradas pelo sistema de segurança social."

¹²¹⁰ *Infra*, capítulo 22.

¹²¹¹ A referência à necessidade e à proporcionalidade surge no acórdão n.º 230/85, sobre inelegibilidades em eleições locais, mas apareceria com alguma regularidade sobretudo (mas não só) nos casos referentes a disposições relacionadas com o *direito sancionatório*, designadamente penal e disciplinar: cfr. acórdãos n.ºs 282/86, 7/87, 35/87, 11/88, 474/89, 458/93, 99/02, 494/03, 3/06 e muitos outros. Revelador de continuidade, v. recentemente, por exemplo, acórdãos n.ºs 2/13 e 341/13.

¹²¹² V., por exemplo, acórdãos n.ºs 572/95, n.º 4 e 108/99, n.º 4.4.3.1. A referência a princípio da subsidiariedade do direito penal é comum. V., por exemplo, o acórdão n.º 634/93, de L. N. Almeida: o "princípio da subsidiariedade do direito penal (ou princípio da máxima restrição das penas) (...) limita a intervenção da norma incriminadora aos casos em que não é possível, através de outros meios jurídicos, obter os fins pretendidos pelo legislador".

18.º, n.º 2, da CRP¹²¹³. Esta profusão de conceitos afins impõe um esforço clarificador, ensaiado em alguns acórdãos¹²¹⁴.

Apesar de a tendência mais vincada do Tribunal ser para aglutinar tudo num único princípio "extralongo" ou "expandido" da necessidade e da proporcionalidade, é analiticamente imperativo traçar a linha distintiva entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da necessidade ou da subsidiariedade do direito penal. Importa pois sublinhar as indicações jurisprudenciais em que essa autonomização encontra corroboração.

Não sendo sempre possível definir bissetrizes claras, o *princípio da necessidade* (da intervenção penal) reporta-se ao momento lógico em que o legislador procede à *conformação do fim da medida legislativa* e à definição do *tipo ou classe de meios* para prosseguir esses fins. Na etapa ou momento (lógico) em que está ainda a ser conformado o *fim* da norma legislativa, incumbe ao legislador decidir se é de prosseguir ou não fins de *prevenção geral*, de *retribuição* ou *expição* de certos comportamentos ou de *reinserção* através dos *meios* da intervenção penal. Entende-se que a decisão do legislador vê as suas opções conformativas mais constrangidas e balizadas do que em outros domínios onde a sua intervenção não tem o mesmo nível de onerosidade¹²¹⁵. O *princípio da necessidade* impera neste momento lógico, prévio à aplicação do princípio da proporcionalidade mas, como o Tribunal sempre assinala, incindivelmente ligado a ele.

Por outras palavras, a destrição entre as etapas lógicas do estabelecimento da necessidade da intervenção penal e da proporcionalidade clássica traça-se da seguinte forma: na primeira, o legislador pondera (e o juiz constitucional controla) se as razões para prosseguir certos fins através da intervenção penal prevalecem sobre as razões que o desaconselham. Na segunda, pondera-se (e controla-se) se a

¹²¹³ Acórdão n.º 99/02 (punição criminal do jogo ilegal), n.º 5: "O *princípio da necessidade da pena* decorre do preceituado no artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental, segundo o qual «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Encontra-se, assim, umbilicalmente ligado ao *princípio da proporcionalidade*." Eventualmente o conjunto destes dois princípios é traduzível, no domínio do direito penal, pelo princípio da *intervenção mínima do Direito Penal*, a que aludem, por exemplo, os acórdãos n.ºs 95/11 e 418/13.

¹²¹⁴ V., por todos, acórdãos n.ºs 634/93, 254/99 e 99/02.

¹²¹⁵ Conforme um trecho muito citado de **Sousa Brito**, «A lei penal...», p. 218, esse é o momento da decisão da "existência" da intervenção penal, estando por vir o momento da decisão sobre a "medida".

sanção penal abstratamente prevista para quem pratique o ato censurável, na medida em que implique um sacrifício de bens, interesses ou valores do agente, é proporcional aos efeitos de prevenção geral positiva e negativa, de prevenção especial e retributivos do dano dos bens ou valores abstratamente tipificados afetados pela ação do agente¹²¹⁶.

Significa isso que as barreiras à opção do legislador pela censura penal não se esgotam no momento lógico da conformação do fim e da escolha do tipo de meios. Admitida a necessidade de prosseguir certos fins através de meios jurídico-penais, isto é, admitido o mérito e legitimidade da intervenção penal, com o significado intrínseco de exprimir ou materializar uma censura especialmente qualificada de certos comportamentos, a “medida” ou intensidade da intervenção penal ficará sob a alçada do princípio da proporcionalidade clássica. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade *das penas* definidas na lei são consecutivamente avaliadas¹²¹⁷. Admite-se consensualmente que esta é uma área em que o legislador sofre constrangimentos mais acentuados que em outras. Em que se cifra isso, é difícil de elucidar. Há dois eixos a considerar.

Por um lado, em contraste com o que sucede com a fixação dos fins e do tipo de meios nos demais domínios do ordenamento, onde a liberdade de conformação do legislador atinge em regra efetivamente um patamar elevado, no domínio da

¹²¹⁶ Esses dois momentos estão bem marcados no acórdão n.º 572/95, sobre a criminalização de devedor que, sendo depositário de coisa penhorada, pratique atos que acarretem a alienação ou dissipação dessa coisa, embora sem clara destinação dos parâmetros aplicáveis em cada um deles, princípio da subsidiariedade *da lei penal*, no primeiro, princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso da *moldura abstrata da pena*, no segundo. Para se pronunciar pela violação do princípio da subsidiariedade da lei penal "(...) mister seria, (...) que, inequívoca ou inquestionavelmente, se houvesse de concluir, de uma banda, que eram de todo desproporcionados, desprovidos de razoabilidade e arbitrários - logo, ofensivos do sentimento de justiça dominante na comunidade -, os motivos que levaram o legislador a tutelar penalmente os comportamentos do devedor (...); de outra que, conquanto não repugne o estabelecimento em abstracto de uma previsão de ilícito de natureza penal, a medida da tutela se revele excessiva, nomeadamente por comparação com outros meios de sancionamento da ilícita apropriação, danificação ou retirada de detenção de bens a quem tem a respectiva posse." Para formulação próxima, v., também, acórdão n.º 634/93.

¹²¹⁷ Para uma situação em que se julgou violado o segmento da necessidade do princípio da proporcionalidade e.s.a., num caso de direito disciplinar, acórdão n.º 858/14: "...uma medida predeterminada em relação ao montante da pensão declarada perdida e ao tempo de duração da perda do direito, sem qualquer ponderação do efeito que poderá produzir nas condições básicas de vida do arguido, põe em causa o princípio da proporcionalidade, na vertente da necessidade ou exigibilidade, porquanto uma solução legislativa que preservasse um rendimento mínimo destinado a garantir a existência condigna, ainda que prevendo o correspondente alargamento da duração da pena por forma a alcançar a mesma intensidade de sacrifício patrimonial, poderia atingir, com o mesmo grau de eficácia, os fins de retribuição e prevenção geral sem pôr em risco o direito à subsistência" (itálico aditado).

conformação dos fins e da escolha dos meios inerentes à política criminal a margem de conformação pode ter de ceder perante o escrutínio do juiz constitucional. Naturalmente, o princípio continua a ser o da liberdade de conformação, talvez assente numa ideia de “sabedoria” do legislador¹²¹⁸ ou, mais prosaicamente, em considerações jurídico-constitucionais¹²¹⁹. Por isso, a “intrusão” do juiz constitucional é excecional e sujeita a balizas drasticamente apertadas. A margem de conformação do legislador só cede perante o poder de escrutínio do Tribunal quando a intervenção criminal *em si* - isto é, na simples qualidade de intervenção criminal - se apresente como *manifestamente* excessiva, como no caso da criminalização de condutas de embarcação¹²²⁰. Para evitar a expressão *manifestamente excessiva*, suscetível de gerar dúvidas ou de se confundir com os segmentos do princípio da proporcionalidade, pode preferencialmente falar-se de *manifesta contradição*, ou de ausência de *congruência* com o quadro valorativo emanante da Constituição¹²²¹, traduzida na *ilegitimidade do fim* ou na *inadmissibilidade do meio*.

¹²¹⁸ Acórdão n.º 108/99: “Simplesmente, o juízo sobre a necessidade de lançar mão desta ou daquela reacção penal cabe, obviamente, em primeira linha, ao legislador, em cuja *sabedoria* tem de confiar-se, reconhecendo-se-lhe uma larga margem de discricionabilidade.”

¹²¹⁹ Acórdão n.º 99/02, n.º 6: „(...) não se deve simultaneamente perder de vista que o juízo de constitucionalidade se não pode confundir com um juízo sobre o mérito da lei, pelo que não cabe ao Tribunal Constitucional substituir-se ao legislador na determinação das opções políticas sobre a necessidade ou a conveniência na criminalização de certos comportamentos.” São invocadas palavras de **Jorge Miranda**, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, 2001, pp. 43-44, que realçam que aqui é a questão dos fins que está em causa: ao juiz constitucional não compete «apreciar a oportunidade política desta ou daquela lei ou a sua maior ou menor bondade para o interesse público», mas tão-só averiguar «a correspondência (ou não desconformidade) de fins, a harmonização (ou não desarmonização) de valores, a inserção (ou não desinserção) nos critérios constitucionais».

¹²²⁰ Acórdão n.º 634/93: “Consequentemente, a limitação da liberdade de conformação legislativa, no que se refere à opção de criminalizar determinada conduta, só pode «ocorrer quando a punição criminal se apresente como *manifestamente* excessiva”. Note-se, todavia, que este acórdão incorre no equívoco de apontar para uma evidente violação do subprincípio da proporcionalidade e.s.e, quando na verdade encontrou uma violação do subprincípio da necessidade, na sua vertente de subsidiariedade da lei penal: o Tribunal censurou que se tivesse «tornado criminosa» uma conduta de trabalhadores, isto é, ter-se optado pela reacção criminal e não por outro tipo de alternativa. V., também, o acórdão n.º 572/95, na medida em que fala de *motivos* para a criminalização “de todo desproporcionados, desprovidos de razoabilidade e arbitrários - logo, ofensivos do sentimento de justiça dominante na comunidade” e acórdãos n.ºs 99/02 e 494/03, entre muitos.

¹²²¹ Será esse o significado do *princípio da congruência*, referido no acórdão n.º 527/95, n.º 5: «há que averiguar da relação entre «a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal», para poder responder à questão de saber se existe uma correspondência legitimadora de tal qualificação (princípio da congruência, que decorre do artigo 18.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 2.º, ambos da CRP)».

Ultrapassada a discussão sobre a necessidade da intervenção penal, sobrevém o tema da fixação da medida da pena. Particularmente a propósito da “medida” da intervenção penal e da sua proporcionalidade, o juiz constitucional português tem recorrido a fórmulas que denotam deferência (reconhecimento “de uma larga margem de liberdade de conformação ou, se se quiser, uma ampla margem conformativa”¹²²²) e estrita adstrição a juízos de evidência (“o juízo de censura constitucional só pode ocorrer «quando a gravidade do sancionamento se mostre inequívoca, patente ou manifestamente excessiva”^{1223/1224}.

5.4. Igualdade

Acima já se mostrou o interface criado por alguns acórdãos entre proporcionalidade e igualdade (em alguns casos, a impropriamente chamada *igualdade proporcional*). Esse tema será aprofundado em capítulo próprio¹²²⁵.

5.5. Razoabilidade

Adiante serão estudadas as versões doutrinárias autonomizadoras e não autonomizadoras de um princípio da razoabilidade

Se tendência se pode detetar na jurisprudência constitucional, é a do recurso frequente à noção de razoabilidade, mas com escassa densificação e explicitação da relação com parâmetros como a proibição do excesso.

¹²²² Acórdãos n.ºs 13/95 (n.º 4.1.) e 99/02 (n.º 8).

¹²²³ *Idem*: “essa não é, patentemente, a situação que se configura no caso *sub judicio*, tendo designadamente em consideração a já referida legitimidade constitucional da previsão da aplicação de penas privativas da liberdade em crimes deste tipo e a pouca gravidade da pena em causa, bem como a sua substituição por multa”.

¹²²⁴ Todavia, também tem deixado indicações de que o domínio penal e processual penal não é aquele em que a liberdade de conformação do legislador é maior. Assim, acórdão n.º 20/10, n.º 6: “Na conformação das regras próprias do processo civil não está o legislador ordinário sujeito a uma vinculação constitucional tão intensa quanto a que se verifica a propósito da conformação das regras de processo penal. A afirmação, que tem sido reiterada pela jurisprudência (vejam-se quanto a este ponto, e por exemplo, os Acórdãos n.ºs 271/95, 335/95 e 508/02...)”.

¹²²⁵ *Infra*, capítulo 27.

Um dos episódios de pretensa autonomização foi protagonizado pelo acórdão n.º 289/92, emitido num processo em que o Tribunal apreciou as normas que impõem um pré aviso de realização de greve. Baseando-se na distinção (eventualmente mais claramente traçada do que em acórdãos anteriores¹²²⁶) entre intervenções restritivas e intervenções conformadoras da lei nos direitos fundamentais, a relatora, ASSUNÇÃO ESTEVES, qualificou essa operação do legislador (de definição da antecedência mínima de pré-aviso) como meramente conformadora do direito¹²²⁷. Ora, de acordo com o Tribunal, as "estruturas de ponderação" do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, não são aplicáveis na avaliação das intervenções conformadoras. Na avaliação da intervenção conformadora há simplesmente que ajuizar sobre a *razoabilidade* da norma conformadora. Embora seja também um parâmetro *consequencialista*, isto é, atento às consequências ou efeitos produzidos, o que se pretende é averiguar se esses efeitos são razoáveis, tendo em conta as finalidades de operacionalização do direito (por exemplo, no caso do pré-aviso, possibilitando que os indivíduos eventualmente afetados moldem os seus comportamentos, definição de um tempo para negociação, etc.), ou se, diversamente, pelo seu modo e intensidade, se projetam na realização do direito fundamental em termos tais que causem um impedimento ou inibição do seu exercício. Afasta-se a aplicação da proporcionalidade, que é uma "estrutura de ponderação" de bens, interesses ou valores¹²²⁸.

Todavia, não obstante a alardeada intenção de escapar a um exercício de ponderação, a fundamentação do acórdão só é discernível com base em operações implícitas de ponderação: o pré aviso em si, bem como o período de pré-aviso legalmente definido, só são razoáveis (*rectius*, só são *proporcionais*) na medida em

¹²²⁶ Este acórdão pode ser também relevante como expressão de um corte com a *teoria dos limites imanes*, na medida em que, reconhecendo a existência da fratura entre teorias externas e internas e restritas e alargadas do âmbito de proteção, declina tomar posição: "Não temos aqui de proceder a opções de construção, nomeadamente pela teoria restrita ou alargada do *Tatbestand* e pela sua repercussão na problemática dos limites dos direitos fundamentais".

¹²²⁷ No caso da fixação de serviços mínimos, também objeto do acórdão, o Tribunal considerou tratar-se, ao invés, de uma intervenção restritiva.

¹²²⁸ A relatora acrescenta ainda que "por maioria de razão, assim haveria de concluir uma tese que, nessas normas, antes reconhecesse a figura da restrição e a necessidade que envolve de convocar os critérios constitucionais da adequação e proporcionalidade" (*idem*). Esta frase parece intuir que o Tribunal considera (ou considerou) o critério da razoabilidade um critério *mais exigente* ou mais *enérgico*: norma que resiste à sua triagem supera, *por maioria de razão*, a proporcionalidade. Esta indicação não é, todavia, justificada nem parece que se baseie em considerações sólidas.

que permitem satisfazer, acautelar ou potenciar bens, interesses ou valores, com peso suficiente para justificar a sua consagração. Se aqueles outros bens, interesses ou valores não valessem, ou não tivessem o peso que têm, certamente não se justificaria sequer o "condicionamento" do direito à greve decorrente da exigência de um pré aviso.

A ambiguidade da relação entre razoabilidade e proporcionalidade, particularmente proporcionalidade e.s.e. é, contudo, o traço mais persistente. Vejamos dois exemplos claros, recentes, de 2013 e 2014.

O primeiro é fornecido pelo acórdão n.º 187/13, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de uma norma da Lei do Orçamento de Estado (artigo 117.º n.º 1) que estabelecia uma "contribuição" sobre subsídios de doença e de desemprego, por violação do princípio da proporcionalidade. Que princípio da proporcionalidade é este? A leitura do acórdão permite extrair uma ideia de assimilação entre proporcionalidade e.s.e. e razoabilidade¹²²⁹. Mas também permite concluir que a ideia motriz da declaração de inconstitucionalidade por violação da proporcionalidade resulta de a opção legislativa ser "de todo desrazoável, quando é certo que ela atinge os beneficiários que se encontram em situação de maior vulnerabilidade"¹²³⁰. Isto é, prescinde-se de ponderação, dando relevo simplesmente às consequências ou impacto subjetivo da medida, o traço metódico mais valorizado e sublinhado por quem defende a autonomização da razoabilidade em relação à proporcionalidade e.s.e.

O segundo é fornecido pelo acórdão n.º 413/14, da autoria do relator do acórdão n.º 187/13, CARLOS CADILHA. Estava em discussão a constitucionalidade de normas, incluídas no Orçamento do Estado de 2014, que, mais uma vez, estabeleciam contribuições sobre prestações de doença e de desemprego. Embora procure ser mais clara (citando, aliás, doutrina autonomizadora do princípio da razoabilidade¹²³¹), a *ratio* argumentativa continua a padecer de algumas ambiguidades. Por um lado, o Tribunal parece aderir à orientação da autonomização do princípio da *razoabilidade subjetiva*, aplicando-o sem a apreciação da relação

¹²²⁹ V. acórdão n.º 187/13, n.ºs 89 a 93. O acórdão invoca em abono da sua tese Gomes Canotilho e Vital Moreira.

¹²³⁰ Acórdão n.º 187/13, n.º 93.

¹²³¹ **Novais, *Os Princípios...***, p. 189.

entre meio e fim própria da proporcionalidade/proibição do excesso, isto é, aplicando-o de forma categórica e assentando simplesmente na valoração do impacto *subjetivo* da interferência. Isso resulta da ênfase com que explicita que não se coloca a questão da "adequação da gravidade do sacrifício imposto em relação à importância ou premência da realização dos fins prosseguidos". Trata-se sim de "ocorrer uma afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem sofre e por razões atinentes à sua subjetividade"¹²³².

Todavia, esclarece que o "princípio da razoabilidade surge relacionado com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito" e que é um "critério atinente ao princípio da proporcionalidade".

Finalmente, considera *desrazoáveis* as normas em causa -sem densificar o que se deve entender por *razoável*¹²³³- e declara-as inconstitucionais *por violação do princípio da proporcionalidade*. Ora, a invocação da proporcionalidade não é compatível com a estrutura e conteúdo da razoabilidade subjetiva, tal como enunciados e aplicados pelo Tribunal, na medida em que este último *standard* se aplica (aleadamente) de forma absoluta ou categórica, isto é, sem contrapeso de bens, interesses ou valores colidentes.

5.6. Proporcionalidade quantitativa

O Tribunal não elabora sobre a diferença entre proibição do excesso e proporcionalidade quantitativa. Aliás, aparentemente, confunde-as ou assimila-as. Prova disso, é a circunstância de usar exatamente a mesma terminologia e invocar por regra o mesmo fundamento para a sua aplicação (artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da CRP)¹²³⁴. Todavia, a diferenciação justifica-se e a jurisprudência constitucional, bem vistas as coisas, corrobora-a. Na proporcionalidade quantitativa postula-se

¹²³² Acórdão, n.º 413/14, n.º 74.

¹²³³ Cfr. a vigorosa declaração de voto de Lúcia Amaral: "a invalidação da medida legislativa surge assim fundada em violação do artigo 2.º - sede do princípio da proporcionalidade - a partir de um 'subparâmetro' que o Tribunal nele encontrou, sem que se saibam ao certo quais os instrumentos hermenêuticos que foram utilizados para o autonomizar, qual o seu conteúdo rigoroso, e o que esperar por isso da sua futura evolução". Também crítico, **Morais, Curso...**, II, 2, p. 726.

¹²³⁴ V., por exemplo, acórdãos n.ºs 227/07, 116/07, 471/07.

uma *proporção* diferente, que não envolve, designadamente, a valoração dos efeitos positivos e negativos da norma jurídica que é própria da proporcionalidade e.s.e., mas sim uma proporção entre montantes ou valores monetários ou quantificados e uma determinada grandeza também minimamente quantificável.

A figura da proporcionalidade quantitativa aplica-se em vários domínios, podendo os respetivos fundamento, estrutura, conteúdo e metódica e até a extensão do poder judicial de controlo (embora este ande em torno da ideia de que o Tribunal só pode contrariar a norma em casos de manifesta desproporcionalidade¹²³⁵) sofrer variações. Uma das mais frequentes aplicações é a que respeita às taxas, particularmente de justiça (mas não só)¹²³⁶. As diferentes bases constitucionais da *proporcionalidade* aplicável às taxas (e outros tributos) e da *proporcionalidade* como instrumento de ponderação e harmonização resultam claras do acórdão n.º 846/14, relatado por LÚCIA AMARAL. Pela eloquência, vale a pena transcrever alguns trechos:

"A doutrina e a jurisprudência constitucional têm sido firmes no sentido de concluir que o exercício, por parte do Estado, do poder de tributar não pode ser concebido como uma afetação ou *restrição* de direitos fundamentais, face à qual seja legítimo invocar o regime dos requisitos ou exigências que valem, constitucionalmente, para as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. [O imposto é configurado] não como afetação de um direito mas antes como *obrigação pública* de todos os cidadãos, quando constituída nos termos do artigo 103.º da CRP. E se isto assim é relativamente à imposição unilateral que forma o imposto, também o é em relação a esses outros tributos que são as taxas (...). (S)e a «conceção constitucional de tributo» – a qual inclui impostos e taxas – é inimiga de qualquer construção que veja similitudes entre estas imposições e as vulgares *restrições a direitos, liberdades e garantias*, tal como estas últimas são reguladas pelo artigo 18.º da CRP, nem por isso se dispensa, quanto a elas, o requisito ou crivo da proporcionalidade, enquanto expressão de um princípio que, como já se disse, vale em Estado de direito (artigo 2.º) para todo o agir estadual. Esta afirmação, no que às *taxas* diz respeito, adquire especial sentido na exata

¹²³⁵ Acórdão n.º 846/14, n.º 8.

¹²³⁶ Entre muitos, acórdãos n.ºs 227/07, 470/07, 471/07, 116/08, 301/09, 151/09, 534/11, 421/13.

medida em que, aí, a imposição pressupõe um vínculo de sinalagmaticidade entre o que se presta (e o *quanto* se presta) e a utilidade privada que da prestação se retira."¹²³⁷

Enquanto a função da proporcionalidade nas situações de interferência em direitos é *limitar*, a partir do exterior, essas interferências, evitando que sejam excessivas, a função da proporcionalidade no caso das taxas é interna ou *constitutiva* do próprio conceito de taxa.

Numa das formulações adotadas pelo Tribunal, no caso das taxas de justiça trata-se de garantir um mínimo de proporcionalidade - ou uma relação sinalagmática - *entre o valor cobrado* ao cidadão que recorre ao sistema público de administração da justiça e *o custo/utilidade do serviço* que efetivamente lhe foi prestado"¹²³⁸. A ideia de proporcionalidade é constitutiva da própria definição de taxa, porque não há relação sinalagmática quando o valor da taxa é inequivocamente desproporcional à contraprestação obtida e sem relação sinalagmática não existe verdadeira taxa¹²³⁹. A noção de proporcionalidade, com esse alcance, é decisiva como critério de distinção entre taxa e imposto, uma vez que se diz que o que distingue a primeira da segunda é que a primeira envolve uma relação sinalagmática, de corresponsabilidade entre a prestação pecuniária e a prestação de uma contrapartida pela entidade pública. Quando essa relação de proporção matemática é adulterada, por exemplo, pela consideração do valor da causa, independentemente, ou muito além, da sua complexidade, rompe-se a relação sinalagmática, colapsa a natureza de taxa¹²⁴⁰.

Todavia, destas situações em que eventualmente se coloca simplesmente um problema de proporcionalidade quantitativa, distinguem-se aquelas outras em que esta se confunde ou é consumida pela aplicação da proibição do excesso. Assim sucede quando as taxas de justiça visam, acessória ou principalmente, outros fins além da cobertura do custo ou do preço do serviço prestado. O acórdão n.º 1182/96, relatado por SOUSA BRITO, versou uma dessas situações: as taxas de justiça nos processos tributários são tradicionalmente mais elevadas do que nos demais porque se visa garantir através delas a salvaguarda do interesse público

¹²³⁷ Acórdão n.º 864/14, n.º 7.

¹²³⁸ Acórdão n.º 421/13, n.º 3 (itálico aditado).

¹²³⁹ Assim, por todos, acórdão n.º 20/03, n.º 2.

¹²⁴⁰ Cfr., por todos, acórdão n.º 421/13

constitucionalmente protegido da cobrança (atempada e expedita) dos tributos, evitando o protelamento dos pagamentos, particularmente por quem tem rendimentos mais elevados. Na medida em que prossegue também esse fim e que essa prossecução pode colidir com o direito de acesso à justiça, coloca-se a questão da sua conformidade com a proibição do excesso¹²⁴¹.

A qualificação dos fins da taxa e do parâmetro a aplicar - proporcionalidade quantitativa ou proibição do excesso - pode ser, todavia, difícil. Caso ilustrativo, é o do acórdão n.º 200/01, incidente sobre emolumentos do Tribunal de Contas. O Tribunal parece não ter distinguido claramente o fim de cobrir o preço do serviço prestado de outros fins e considerações¹²⁴². Por isso, não é claro se o Tribunal aplica a proporcionalidade quantitativa ou se aplica a proibição do excesso. Isso poderia extrair-se da estrutura e da metódica aplicada. A proporcionalidade quantitativa tem uma estrutura adaptada ao tipo de relação que parametriza, isto é, preocupa-se apenas com a proporção matemática entre valor do serviço e a taxa e *prescinde de considerações de adequação e de necessidade*. A proibição do excesso tem os três segmentos conhecidos. Todavia, o critério da estrutura e da metódica do teste aplicado não é elucidativo, uma vez que o Tribunal fica a meio caminho: aprecia a adequação, parecendo perfilhar a aplicação da proibição do excesso. No entanto não aprecia a necessidade. Por outro lado, faz uma avaliação da "proporcionalidade" dos valores dos emolumentos (e dos acréscimos sofridos), mas sem que seja claro se se trata da proporcionalidade e.s.e., na lógica da proibição do excesso, ou da proporcionalidade quantitativa.

É também um caso de proporcionalidade quantitativa a que anda associada à noção de justa indemnização em situações de expropriação. Nesse domínio, a proporcionalidade refere-se à relação entre o valor comum do bem expropriado e o valor da indemnização¹²⁴³

¹²⁴¹ Acórdão n.º 1182/96, n.ºs 2.4.1. e 2.5.

¹²⁴² Cfr. acórdão n.º 200/01, n.º 7.

¹²⁴³ V., por exemplo, acórdão n.º 147/93, falando igualmente de um direito material da proporcionalidade sem distinguir a proporcionalidade quantitativa da proibição do excesso.

5.7. Irredutibilidade do conteúdo essencial do direito

A distinção entre a proteção *categórica* do conteúdo essencial do direito e a proteção *prima facie* do conteúdo não essencial do direito, raramente é tratada com clareza pelo Tribunal. Consequentemente, não é possível afirmar-se a existência de jurisprudência inequívoca no sentido de entender que: (i) os segmentos normativos que definem o conteúdo essencial do direito são passíveis de interpretação e eventual densificação legislativa – através da regulamentação legislativa –, não exposta à aplicação do princípio da proporcionalidade; (ii) os segmentos normativos que definem o conteúdo não essencial são passíveis de interferência com vista à prossecução de fins legítimos, estando essa interferência sujeita ao crivo da proporcionalidade.

Os exemplos desta ausência de rigor dogmático são variados: por exemplo, em vários passos do acórdão n.º 474/13 não se distingue consistentemente, no contexto do artigo 53.º, entre, por um lado, proibição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos e, por outro, garantia da segurança no emprego. Aquela proibição constitui o conteúdo essencial da garantia da segurança do emprego, sem que o princípio da proporcionalidade desempenhe aí qualquer papel. Em contrapartida, a garantia e segurança do emprego é o macro conceito que aglutina aquele conteúdo essencial e zonas de *não essencialidade* que, essas sim, podem ser objeto de lei restritiva, sujeita ao princípio da proporcionalidade. Da não distinção resulta a conclusão equívoca de existência de violação do “princípio da justa causa de despedimento” em “conjugação com o princípio da proporcionalidade”¹²⁴⁴.

5.8. Proteção da confiança

A formação e estruturação do princípio da proteção da confiança tem cunho essencialmente jurisprudencial. Muito além do papel que lhe esteve reservado no período da chamada jurisprudência da crise (cfr. *supra*), ele tem assumido relevo

¹²⁴⁴ Acórdão n.º 474/13, n.º 13.

regular em alguns momentos marcantes da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

É possível organizar o roteiro desta jurisprudência constitucional sobre princípio da proteção da confiança em quatro etapas (não necessariamente cronológicas): (i) fórmula original; (ii) fórmula intermédia, ou dos dois critérios; (iii) nova fórmula, ou dos quatro requisitos; (iv) nova fórmula *mais*, ou dos quatro requisitos mais um.

A *original* transparece na doutrina da Comissão Constitucional e nas primeiras decisões do Tribunal Constitucional.

A *intermédia* tem o seu ponto de referência mais citado no acórdão n.º 287/90.

A *nova* emergiu no acórdão n.º 128/09.

No acórdão n.º 862/13 culminou-se a configuração da *nova fórmula mais*.

Uma vez que o capítulo que dedicaremos à confrontação entre proibição do excesso e proteção da confiança¹²⁴⁵ é quase integralmente construído sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, nele aprofundaremos o sentido destas várias etapas e fórmulas.

¹²⁴⁵ Capítulo 28.

Seis

FUNDAMENTO

1. As propostas doutrinárias e jurisprudenciais

Desde a antiguidade, a linguagem de temperança, proporção ou moderação é inerente às próprias noções de Direito e de Justiça. Direito e proporção seriam ontologicamente indissociáveis (ARISTÓTELES). Contudo, o princípio da proibição do excesso necessita de um fundamento menos remoto¹²⁴⁶. A identificação do fundamento jurídico-constitucional da proibição do excesso não é uma temática meramente teórica. A opção por um ou outro fundamento não é indiferente, uma vez que essa é uma das bases para determinar o seu alcance e âmbito de aplicação¹²⁴⁷. Essa temática assume uma relevância maior quando na constituição não há referências expressas à proporcionalidade ou à proibição do excesso. É o caso da Alemanha e em outros sistemas constitucionais e por isso suscita aí significativa atenção e controvérsia. Em Portugal, a Constituição recebe-o expressamente em vários preceitos, mas nem por isso o tema do fundamento perde importância, uma vez que as referências constitucionais são fragmentárias, não cobrindo todos os domínios materiais onde o princípio potencialmente se pode aplicar.

Havendo ou não menção constitucional expressa, a posição sobre o fundamento da proibição do excesso contribui para iluminar a sua natureza, conteúdo e âmbito. Por outro lado, a descoberta do fundamento permite saber se a proibição do excesso é um *princípio geral de direito*, que supõe aplicação em todos os setores da ordem

¹²⁴⁶ Trata-se aqui apenas do fundamento ou fonte jusconstitucional do princípio e não da sua fonte *histórico-filosófica*. Sobre esta, por todos, **Wieacker**, «Geschichtliche Wurzeln...», p. 873, referindo as ideias antigas de limitação da justiça punitiva, de justiça distributiva e da limitação do uso dos meios conforme aos fins. Sobre isso, com mais bibliografia, v. *supra*, capítulo 1.

¹²⁴⁷ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...», p. 447.

jurídica¹²⁴⁸. Além disso, o apuramento do fundamento constitui um *topoi* útil – ou até essencial – para a interpretação das disposições consagradoras do conceito de proporcionalidade e para a definição da extensão do poder judicial de controlo.

Deixando apenas assinaladas as orientações que o consideram um princípio jurídico meta-positivo, auto-fundante¹²⁴⁹ ou que encontra fundamento na ordem jurídica globalmente considerada¹²⁵⁰, as propostas doutrinárias e jurisprudenciais de fundamentação do princípio da proibição do excesso circulam em torno de, pelo menos, sete eixos, não reciprocamente excludentes¹²⁵¹: (i) ideia de justiça; (ii) princípio da igualdade; (iii) racionalidade/proibição do arbítrio; (iv) democracia; (v) dignidade e autonomia da pessoa e direitos fundamentais; (vi) estrutura de certas normas jurídicas; (vii) Estado de direito.

Veremos que alguns destes fundamentos são ou demasiado imprecisos ou anacrónicos ou não explicam a aplicação do princípio em toda a sua extensão ou são complementares¹²⁵². Por outro lado, a reconstrução da dogmática da proibição do excesso sob a égide do conceito moderno de proporcionalidade, que propusemos, impõe um fundamento que sustente não apenas a proibição do excesso mas todos os instrumentos de harmonização que se abrigam sob aquele novo conceito. Avaliaremos, pois, uma construção baseada na ideia de uma ordem jurídica encimada por uma constituição *prima facie*, de que decorrem comandos de harmonização que são cumpridos através dos vários instrumentos de mediação de harmonização em que se desdobra a proporcionalidade moderna.

¹²⁴⁸ Como defendemos em «Proporcionalidade...», p. 594. Contra, por exemplo, **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 533.

¹²⁴⁹ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...», p. 447, identifica como seguidores desta orientação **Hochhuth**, *Relativitätstheorie des Öffentlichen Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 88 ss.; **Arnauld**, «Die normtheoretische...», pp. 276 ss.

¹²⁵⁰ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...», p. 449, sustentando que essa é, em última análise, a posição do *BVerfG*.

¹²⁵¹ Sobre quase todas as hipóteses de radicação ou de "derivação" do princípio da proibição do excesso, citadas no texto, e doutrina pertinente, v. **Dechsling**, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot...*, pp. 83 ss.; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», pp. 531 ss.; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, pp. 72 ss.

¹²⁵² Adotando uma conceção compósita, v. por último **Vosskuhle**, «Der Grundsatz...», p. 430; **Pirker**, *Proportionality*, p. 109.

1.1. A fundamentação na ideia de justiça

Autores como VON KRAUSS, BARNÉES, SÉRVULO CORREIA, FREITAS DO AMARAL, ANABELA LEÃO ou JOÃO NOGUEIRA¹²⁵³, veem a proporcionalidade como uma decorrência direta da ideia de justiça. Uma situação não é justa se contrariar a projeção jurídica da ideia de proporcionalidade.

1.2. A fundamentação no princípio da igualdade

Numa das suas formulações mais conhecidas e clássicas, o princípio da igualdade é visto como uma injunção de "tratamento proporcionalmente igual"¹²⁵⁴. Esse lastro histórico, aliás, persiste e está bem vivo na jurisprudência constitucional portuguesa¹²⁵⁵. Compreende-se, por conseguinte, que nos primeiros passos do princípio da proporcionalidade, este e o princípio da igualdade tenham aparecido de braço dado - inclusive na sua relação com o princípio da justiça. Alguns autores vão mais longe e sustentam que a proporcionalidade se funda na igualdade¹²⁵⁶. Para outros, em contrapartida, a tarefa da autonomização dogmática da proibição do excesso passou não só pela sua delimitação em relação à igualdade, como até pela rejeição de que fosse esta o fundamento daquele¹²⁵⁷.

¹²⁵³ Barnées, «El principio de proporcionalidad...», p. 19; Sérvulo Correia, *Legalidade...*, p. 116; Freitas do Amaral, *Direitos fundamentais*, pp. 18 ss.; *Direito Administrativo*, policopiado, vol. II, pp. 200 ss.; *Direito Administrativo*, II vol., 2.^a ed, pp. 128 ss.; Nogueira, *Direito Fiscal...*, p. 81. Freitas do Amaral procura dar uma definição jus-positivamente adequada de princípio da justiça, na sua concreta expressão no território da atividade administrativa, partindo para isso do artigo 266, n.º 2, da CRP. Compare-se essa postura com a de Karl Larenz, *Metodologia...*, 2.^a ed., p. 501: estabelece uma ligação direta entre o princípio da proporcionalidade e justiça, mas esta noção é por ele empregue num sentido filosófico e não normativo.

¹²⁵⁴ Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, pp. 28 ss., regista a orientação da doutrina da época (Ipsen, Mangoldt-Klein, Riezler, Scheuner, Hesse) que enunciava o princípio da igualdade como injunção de "tratamento proporcionalmente igual".

¹²⁵⁵ Como vimos no capítulo anterior. Quanto à jurisprudência espanhola, a situação é semelhante.

¹²⁵⁶ Von Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...*, p. 29, embora sem referência expressa à derivação da proporcionalidade da igualdade; Wittig, «Zum Standort des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes...», p. 821; Wieacker, «Geschichtliche Wurzeln...», p. 877; Kellner, «Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit...», p. 110.

¹²⁵⁷ Cfr. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, pp. 28 ss., 40 ss.; Grabitz, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...», p. 585; Hirschberg, *Der Grundsatz...*, p. 122; Robbers, «Der Gleichheitssatz», p. 752.

Havendo um capítulo especificamente dedicado à relação entre igualdade e proibição do excesso, para aí se remete¹²⁵⁸.

1.3. A fundamentação na racionalidade/proibição do arbítrio

Nas ordens jurídicas cujas constituições proíbem o arbítrio (por exemplo, artigo 9.º, n.º 3, da Constituição espanhola), pode haver alguma inclinação para ver aí o fundamento da proibição do excesso: há ecos jurisprudenciais¹²⁵⁹ e doutriniais¹²⁶⁰ dessa posição, mas também da respetiva refutação¹²⁶¹. Com razão: é manifesto que a proibição do excesso é muito mais exigente do que a mera proibição do arbítrio. Há medidas ou normas que não são arbitrárias, mas contrariam a proibição do excesso.

1.4. A fundamentação na democracia

O princípio constitucional da democracia tem uma dimensão formal e uma dimensão material. A dimensão material consiste, entre outras componentes, na garantia dos direitos fundamentais. Não há democracia onde não são garantidos os direitos e a autodeterminação individual. Não é possível garantir plenamente direitos fundamentais num contexto não democrático. A dimensão formal refere-se aos processos democráticos através dos quais os membros da comunidade estatal exercem a soberania, designadamente através de eleições e dos mecanismos da democracia representativa. Ora, pode haver colisão entre os corolários da democracia material e da democracia formal. A vontade da maioria e os respetivos interesses podem traduzir-se na limitação de direitos. Um dos mecanismos

¹²⁵⁸ Capítulo 27.

¹²⁵⁹ Dando nota de jurisprudência ocasional do Tribunal Constitucional espanhol nesse sentido, **Trias / Ruiz**, «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», p. 8.

¹²⁶⁰ Cfr. **Serrano, Proporcionalidad...**, p. 55; **Doménech**, «El principio de proporcionalidad...», p. 72-73; **Beilfuss, El Principio...**, p. 36. Representante desta tese na doutrina nacional: **Andrade, Os Direitos...**, 1.ª edição, p. 240; **Os Direitos...**, 2.ª edição, p. 299.

¹²⁶¹ **Pulido, El Principio...**, pp. 608 ss.

arquitetados para garantir um equilíbrio adequado entre a regra da maioria e os direitos fundamentais é a proporcionalidade clássica¹²⁶².

Esta fundamentação não cobre, todavia, todas as funções e âmbitos de aplicação da proibição do excesso e muito menos da proporcionalidade moderna, desconsiderando que quer esta, quer até aquela, embora mais restritamente, assistem na resolução de colisões que não se reconduzem à relação entre as componentes material e formal da democracia.

Por outro lado, desconsidera que o princípio democrático, em conjugação com a separação de poderes, é muitas vezes *um limite* ao controlo judicial do cumprimento da proibição do excesso, na medida em que implica a necessidade de preservar e garantir a liberdade de conformação do legislador democrático perante o exercício dos poderes do juiz constitucional.

1.5. A fundamentação na dignidade da pessoa e nos direitos fundamentais

1.5.1. A fundamentação na dignidade da pessoa humana

Para DÜRIG¹²⁶³ a proporcionalidade clássica funda-se na dignidade humana. Há uma degradação da pessoa em objeto quando alguém tem de suportar um meio mais drástico do que o exigido para atingir o fim geral¹²⁶⁴. Este princípio, contido no

¹²⁶² Barak, *Proportionality...*, pp. 214 ss. A vinculação do princípio da proporcionalidade à noção de democracia tem sido também invocada pelo TEDH: v. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality...*, pp. 195 ss. (criticando).

¹²⁶³ Dürig, «Der Grundrechtssatz...», p. 117. A construção de Dürig e este seu texto continuam a ser as peças doutrinárias mais influentes sobre o princípio da dignidade humana; v., também, Bleckmann, *Begründung und Anwendungsbereich...*, p. 178.

¹²⁶⁴ Sustentando que a Constituição portuguesa confere “uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais” que “repousa na unidade da pessoa humana”, Miranda, *Manual...*, vol. IV, 3.ª edição, p. 180. A natureza matricial e fundamentante da proteção e do valor da dignidade da pessoa é profusa e incessantemente invocada por Andrade, ao longo do seu trabalho *Os Direitos...*, 2ª edição. Por exemplo, como “momento comum, característico e caracterizador da ideia dos direitos fundamentais ao longo dos tempos” (p. 66); como o primeiro princípio-valor da Constituição portuguesa (pp. 79 e 93) ou primeiro princípio fundamental da Constituição (p. 97); como “princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais” (p. 97); como princípio que está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados (p. 98); enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, que nunca pode ser afetado (p. 266); enquanto

artigo 1.º, 1, da *GG*, é entendido como um princípio absoluto pelo *BVerfG*, isto é, insuscetível de ponderação (embora a discussão sobre isso tenha recrudescido recentemente¹²⁶⁵).

Contudo, pode suceder que atos do Estado interfiram em bens, interesses ou valores constitucionalmente salvaguardados, com violação da proibição do excesso, sem ferir - nem sequer correr o risco de ferir - a dignidade humana. Consequentemente, não pode ser esse o seu fundamento (ou, pelo menos, o seu único fundamento)¹²⁶⁶. A dignidade humana não é fundamento, mas sim um bem, interesse ou valor constitucionalmente protegido que pode ser, ele próprio, objeto de uma interferência (des)conforme com a proporcionalidade clássica¹²⁶⁷.

1.5.2. A fundamentação na proteção do núcleo essencial dos direitos

O *BVerfG* chegou a associar a proporcionalidade clássica à garantia do conteúdo essencial dos direitos¹²⁶⁸. Na doutrina alemã encontramos eco dessa posição¹²⁶⁹. Há várias vias teóricas para se chegar aí. A mais difundida talvez seja a seguida pelos adeptos das *teorias relativas* sobre o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias ou dos preceitos que os contêm. Como exporemos oportunamente¹²⁷⁰, dizem-se relativas porque admitem a variação do conteúdo essencial de acordo com

fundamento da proibição de discriminações que a atinjam intoleravelmente (p. 270); como valor absoluto (p. 280), etc. Por seu turno, **Novais**, *As restrições...*, pp. 731-732 e *Direitos Fundamentais...*, p. 85, vincula o princípio da proibição do excesso (que assume na sua construção um alcance mais abrangente do que o princípio da proporcionalidade) a uma ideia de Estado baseado na dignidade da pessoa humana, em que a ingerência estatal na liberdade dos cidadãos é a exceção.

¹²⁶⁵ Para um relato atualizado, **Maribel Pascual**, *El Tribunal...*, pp. 164 ss.

¹²⁶⁶ **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 534.

¹²⁶⁷ Similar, **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 534; **Alexandrino**, *Direitos...*, p. 135.

¹²⁶⁸ Ver a decisão do *BVerfG* publicada em *Entscheidungen...*, vol. 19, pp. 342 e ss., particularmente 348/9. Cfr. a análise de **F.E. Schnapp**, *Die Verhältnismäßigkeit...*, p. 853; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 534.

¹²⁶⁹ As construções mais aprofundadas são as de **Lerche**, *Übermass*, pp. 238 ss. e **Häberle**, *Wesensgehaltsgarantie...*, pp. 234 ss. V., também, **Krauss**, *Der Grundsatz...*, pp. 47 ss.; **Erichsen**, «Das Übermaßverbot», p. 388; **Krebs**, Art. 19, in v. Münch/Kunig, *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 5.^a ed., Beck, München, n.º. marginal 24.

¹²⁷⁰ Capítulo 10.

as circunstâncias concretas, prescindindo de um conteúdo essencial absoluto, rígido, fixo e irrestringível, ao invés do que é orientação das *teorias absolutas*. No contexto das teorias relativas, função da proibição do excesso é operacionalizar a definição em concreto do conteúdo essencial do direito (ou do preceito que contém o direito). Mas mesmo que fosse de aderir às teorias relativas do conteúdo essencial e que se pudesse assimilar a exigência de proibição do excesso à exigência de respeito pelo conteúdo essencial¹²⁷¹, isso envolveria um dilema: por um lado consolidaria o princípio, conferindo-lhe um norte preciso, amarrando-o a um domínio material de forte interiorização pré-compreensiva. Mas, por outro, arriscaria torná-lo refém de uma fundamentação reducionista, na medida em que dificultaria a sua aplicação em áreas onde não é possível discernir conflitos ou restrições de direitos fundamentais e onde muito menos estará em causa a garantia de núcleos essenciais desses direitos. Mais decisivamente, contra esta orientação aponta-se que as figuras da proteção do conteúdo essencial e da proibição do excesso têm aplicações e funções diferentes. A primeira, é aplicável em situações de colisão normativa que envolvam zonas de proteção absoluta dos direitos. Nesse caso, não está preenchido um pressuposto de aplicabilidade da proibição do excesso. Se o legislador produzir normas para superar a colisão tem de respeitar a zona de proteção absoluta. Pode por isso suceder que uma interferência esteja virtualmente em condições de superar as exigências específicas da proibição do excesso, mas soçobrar à partida perante a proibição da afetação do conteúdo essencial. A segunda é aplicável em colisões normativas que envolvam zonas periféricas dos direitos. Nesse caso, pode ocorrer que não haja violação do conteúdo essencial, mas desconformidade em relação à proibição do excesso¹²⁷².

¹²⁷¹ Assimilação que a doutrina portuguesa normalmente não aceita: v., por exemplo, **Andrade, Os Direitos...**, cit., p. 296.

¹²⁷² Cfr. **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 535.

1.5.3. A fundamentação no conteúdo, significado, vinculatividade ou estrutura dos direitos fundamentais

O sentido geral dos direitos de liberdade seria o fundamento do princípio da proibição do excesso¹²⁷³. A ideia da liberdade como regra e da limitação da liberdade como exceção (CARL SCHMITT¹²⁷⁴), incorpora a proibição da excessiva ou desnecessária limitação da liberdade. O princípio da proibição do excesso seria princípio *jusfundamental* da proibição do excesso. A liberdade é a "mãe" do princípio da proibição do excesso¹²⁷⁵.

Do ponto de vista do direito constitucional positivo, esta proposta de fundamentação pode alicerçar-se na vinculação de todas as entidades públicas e privadas aos preceitos de direitos fundamentais (artigo 18.º, n.º 1¹²⁷⁶). Daí decorre que a liberdade não está na dependência da lei e que o legislador, em situações em que esteja autorizado a interferir em direitos fundamentais, só o pode fazer justificadamente e cumprindo os limites da proibição do excesso¹²⁷⁷.

Não menosprezando as possibilidades fundamentantes do sentido geral dos direitos em relação à esmagadora maioria das aplicações da proibição do excesso e até dos outros instrumentos de mediação que compõem a proporcionalidade moderna, há aplicações desta que não se revêm nessa fundamentação¹²⁷⁸. por outro lado, é imprescindível saber qual a conceção material de direitos fundamentais que vigora.

¹²⁷³ **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 538, referindo jurisprudência do *BVerfG*. De outro ângulo, **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 89 ss: a proporcionalidade é consubstancial aos direitos fundamentais porque é o método natural da sua realização; **Maria Christina de Almeida**, «Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos...», cit.; **Fernando Alves Coreia**, *O Plano Urbanístico...*, p. 442.

¹²⁷⁴ **Verfassungslehre**, p. 166; **Merten**, «Grundrechtliche...», pp. 239-240; *idem*, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 539.

¹²⁷⁵ Assim, **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 538; v. também **Schlink**, *Abwägung...*, pp. 192 ss.; **Arnauld**, «Die normtheoretische Begründung...», p. 280.

¹²⁷⁶ V. também artigo 1.º, n.º 3, da Constituição alemã.

¹²⁷⁷ **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 539; **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, p. 162. No contexto da conceção original deste autor, a vinculação do legislador à proibição do excesso e à proibição do defeito, como manifestações da proporcionalidade, seriam garantias mínimas da sua vinculação aos direitos fundamentais.

¹²⁷⁸ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...», p. 448, recorda, além do mais, que o princípio da proporcionalidade é mais antigo do que os direitos fundamentais. Trata-se, porém, de uma conceção de proporcionalidade ainda não coincidente com aquela que designamos de proporcionalidade clássica ou proibição do excesso.

1.6. A fundamentação na estrutura das normas-princípio

Uma das mais difundidas estratégias de fundamentação da proibição do excesso é a da teoria dos princípios de ALEXY, , BOROWSKI, KLATT, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, PULIDO e outros. BOROWSKI afirma que a ancoragem do princípio na estrutura de princípio dos direitos fundamentais constitui a concepção dominante na doutrina¹²⁷⁹.

Recorrendo à construção da teoria dos princípios, a relação umbilical entre a estrutura e a metódica de aplicação dos princípios e a proporcionalidade pode ser estabelecida em quatro passos: (i) os princípios são comandos de otimização; (ii) em caso de colisão entre princípios, deve estabelecer-se uma relação de precedência condicionada; (iii) a relação de precedência condicionada deve corresponder à solução ótima exigida pelos princípios como comandos de otimização; (iv) solução ótima é a que respeita e corresponde à aplicação do princípio da proporcionalidade.

1.6.1. Os princípios são comandos de otimização

ALEXY propõe um modelo combinado, ou de interação, entre regras e princípios – oposto a um modelo puro de regras ou a um modelo puro de princípios. No que se refere à caracterização lógico-estrutural dos dois tipos de normas, segundo um *primeiro critério* de distinção, as regras são *comandos definitivos* ou *razões definitivas para um juízo concreto de dever ser*, ou *dever ser real*, enquanto os princípios são comandos (somente) *prima facie*, isto é, comandos não definitivos, *razões* que podem ser afastadas se houver outras razões opostas, *dever ser ideal*¹²⁸⁰.

Para o autor, “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na *maior medida*

¹²⁷⁹ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien...*, p. 115; *La estructura...*, p. 129.

¹²⁸⁰ Sobre as noções de dever ser real e dever ser ideal pode ver-se Alexy, «Zum Begriff des Rechtsprinzips...», *cit.*, pp. 200 ss.

possível, isto é, em função das possibilidades jurídicas e fácticas existentes”¹²⁸¹. Por outras palavras, os *princípios* (todos os princípios) são *comandos de otimização*^{1282/1283}, que se caracterizam pelo facto de poderem ser cumpridos em grau desigual e por a medida do seu cumprimento depender não só das possibilidades reais (resultantes da situação de facto), mas também das jurídicas¹²⁸⁴. O âmbito das possibilidades fácticas é determinado pelo cotejo dos princípios com as situações de facto, uma vez que o conteúdo dos princípios se materializa em concreto. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas aos princípios em causa¹²⁸⁵.

A forma característica de aplicação dos princípios é a *ponderação*¹²⁸⁶.

1281 *Theorie...*, p. 75; *Teoria...*, p. 86.

1282 A expressão original em língua alemã, *Theorie...*, p. 75, é *Optimierungsgebote*. Na versão castelhana, *Teoria...*, p. 86, emprega o termo «*mandato de optimización*». A expressão portuguesa mais apropriada parece ser *diretiva* ou *comando de otimização*, que utilizamos. O autor especifica que a expressão “comando” (*Gebote*) é utilizada em sentido amplo, abrangendo também as proibições e as permissões.

1283 Anote-se desde já que a definição dos princípios como comandos de otimização suscitou críticas (v. **Aarnio**, *Reason and Authority...*, p. 181; **Sieckmann**, *Regelmodelle...*, p. 65) que forçaram Alexy a infletir a sua posição, admitindo que os princípios são antes normas que devem otimizar-se *de acordo com comandos de otimização*: “[a] distinction between commands to optimize and commands to be optimized is the best method for capturing the nature of principles” (**Alexy**, «On the Structure of Legal Principles...», pp. 300 ss.; também «My philosophy of law...», p. 39.). Portanto, há um comando para otimizar, com estrutura de regra, situado a um meta-nível e um comando a ser otimizado, o princípio. Sublinhando essa evolução, **Sieckmann**, «Los derechos fundamentales...», p. 29, nota, certamente, que essa evolução retira aos princípios a sua estrutura lógica específica, distintiva das regras, peça chave da teoria dos princípios. Sintomaticamente, essa retificação não se reflete em todos os ensaios recentes do autor, uma vez que, “por razões de simplicidade”, continua a descrever os princípios como comandos de otimização, ainda que isso cubra os dois níveis referidos. Para várias perspectivas sobre o tema, **Ávila**, *Teoria...*, p. 63; **García Figueroa**, *Principios y positivismo...*, pp. 187 ss.; **Lopera Mesa**, «Los derechos fundamentales ...», pp. 218 ss.; **Bäcker**, «Reglas...», pp. 60 ss. (sustentando que em rigor não se trata de otimização do princípio, mas sim da realização ótima do fim subjacente); **Egídio**, «Análise da Estrutura...», p. 628; **Canas**, «A proibição do excesso como instrumento...», pp. 862 ss.; **Ramião**, *Justiça...*, p. 163.

1284 *Theorie...*, p. 76; *Teoria...*, p. 87.

1285 *Idem*.

1286 O escopo central do trabalho de Alexy é a aplicação desta distinção às normas sobre direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais propriamente ditos seriam no essencial direitos *prima facie*, a ser ponderados com princípios opostos em cada aplicação concreta, só se tornando direitos definitivos, estruturados então numa *regra*, depois de tal ponderação. Desta ponderação do peso relativo de cada direito, perante outros princípios, valores ou interesses, tanto poderia resultar a sua cedência perante eles, como a sua transformação em direito definitivo. Pode haver direitos definitivos baseados em regras constitucionais, mas essa é uma situação pouco comum. Esta orientação deve ser lida à luz da conceção de que o nível das regras tem uma preferência tendencial (isto é, não absoluta) sobre o nível dos princípios.

Em contrapartida, as regras contêm prescrições ou determinações (*Festsetzungen*) dentro das margens do jurídica e do faticamente possível, como tal determinando a decisão de um caso concreto, só podendo o comando ser cumprido ou não, *acatado ou violado*. Se a regra for válida tem de se executar exatamente o que ela prescreve, *nem mais nem menos*, não se colocando a possibilidade de ser executada apenas na maior medida possível¹²⁸⁷. Essas determinações podem fracassar por impossibilidade jurídica ou fáctica, o que pode conduzir à sua invalidade¹²⁸⁸.

A forma característica de aplicação das regras é a *subsunção*: se uma situação de facto se reconduzir à previsão da regra, daí decorre necessária e integralmente a consequência prevista nesta.

1.6.2. Em caso de colisão entre princípios, deve estabelecer-se uma relação de precedência condicionada

O diferente carácter *prima facie* dos princípios e das regras determina que as respetivas colisões (de princípios) e conflitos (de regras) se resolvam de modo fundamentalmente diverso. Daí decorre um *segundo critério* lógico-estrutural de distinção entre regras e princípios.

Colisão de princípios e conflito de regras têm em comum a circunstância de a aplicação isolada dos princípios ou das regras em colisão ou conflito implicarem comandos de dever ser contraditórios. Uma vez que a ordem jurídica não tolera a coexistência de dois juízos de dever ser reciprocamente contraditórios, o conflito de regras soluciona-se introduzindo numa delas uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando inválida pelo menos uma. A regra inválida é identificada através da aplicação de regras de segundo grau como *lex posterior derogat legi priori*

¹²⁸⁷ *Idem*, pp. 76 e 87.; uma explicação mais apurada pode encontrar-se em «Sistema jurídico, principios...», cit., p. 144: as normas admitem distintos graus de cumprimento. Se se exige a *maior medida possível de cumprimento* com relação às possibilidade jurídicas e fácticas, trata-se de um princípio. Se se exige *uma determinada* medida de cumprimento, trata-se de uma regra. Isto mesmo que essa determinada medida de cumprimento não seja um *all* no que toca às possibilidades jurídicas e fácticas previamente determinadas pela norma, antes de ser confrontada com a operação de aplicação.

¹²⁸⁸ Alexy, *Theorie...*, p. 88; *Teoria...*, p. 99.

ou *lex specialis derogat legi generali* ou de acordo com a importância ou hierarquia das regras¹²⁸⁹. Trata-se, portanto, de um juízo de validade/invalidade.

Já na resolução da colisão de princípios o juízo essencial não é sobre a validade/invalidade, mas sim sobre o peso relativo de cada um, o qual é medido em concreto, ponderando as *razões* por que um deve ceder perante o outro em certas condições. Conceitos operativos centrais são os de *relação de precedência condicionada* (*bedingte Vorrangrelation*), *condições de preferência*, (*Vorrangbedingungen*), *enunciado de precedência* (*Präferenzsatz*) e *lei de colisão* (*Kollisiongesetz*).

A colisão de princípios resolve-se pela cedência de um perante o outro, sem que aquele que cede seja considerado inválido ou afastado por uma cláusula de exceção, a não ser que seja inválido, por simplesmente não pertencer à ordem jurídica, como, por exemplo, o princípio da discriminação racial. Mas, neste caso, não há uma verdadeira colisão de princípios, porque estas se dão sempre dentro do sistema, isto é, ocorrem sempre entre princípios válidos, enquanto os conflitos de regras são sempre forçosamente entre regras válidas e regras inválidas, isto é, entre regras pertencentes e regras não pertencentes ao ordenamento jurídico¹²⁹⁰.

Do ponto de vista metódico, há que medir ou contrapesar o peso relativo de cada um dos princípios colidentes. Nessa valoração, ou se conclui por uma *relação de preferência incondicionada*, isto é, apura-se que um dos princípios prefere absoluta ou abstratamente sobre o outro, em qualquer circunstância¹²⁹¹; ou, nas circunstâncias concretas do caso, chega-se a uma *relação de preferência condicionada*, relativa ou concreta, de acordo com a qual um dos princípios logra maior peso ou precedência perante o outro, *nas condições de precedência concretamente definidas*, fixadas com fundamento em certas *razões*, podendo não ser assim noutras circunstâncias diferentes¹²⁹².

¹²⁸⁹ *Idem*, pp. 77-78 e 88-89. Considerando as várias teorias da validade – sociológica, jurídica, ética – apresentadas (*Theorie...*, p. 49; *Teoria...*, p. 58), o autor apela à noção de validade jurídica.

¹²⁹⁰ *Idem*, pp. 105 e 93.

¹²⁹¹ *Alexy, Theorie...*, p. 82, *Teoria...*, p. 92, considera, porém, que não há relações de precedência incondicionadas no âmbito das colisões de princípios de direito constitucional. Esta posição tem, porém, de ser articulada com a admissão de diferentes pesos abstratos de bens, interesses ou valores constitucionalmente garantidos.

¹²⁹² *Idem*, pp. 78 ss.; pp. 89 ss.

O resultado desta operação metódica expressa-se através de um *enunciado de precedência*: verificadas as condições *C* o princípio *P1* tem precedência sobre o princípio *P2*. Ou seja, verificando-se as condições nas quais um princípio deve prevalecer sobre outro por determinadas razões, segue-se a consequência da aplicação ao caso do princípio prevalecente, sob a forma de uma *regra* que exprime a concretização daquele princípio nas circunstâncias específicas do caso¹²⁹³. As condições ou circunstâncias concretas sob as quais um princípio precede em relação a outro constituem o pressuposto de facto de uma *regra R*; a consequência que derive, no caso concreto, da aplicação do princípio prevalecente é a consequência jurídica dessa *regra R*. A regra *R*, concretamente construída, pode não valer noutros casos concretos em que se verifiquem outras condições e se ponderem outras razões. Isto é resumido através de uma *lei de colisão*: “as condições sob as quais um princípio precede sobre outro, constituem o pressuposto de facto de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”¹²⁹⁴. A lei de colisão regista o resultado final, um *foto finish*, da resolução de colisões de princípios, isto é, o momento lógico em que se chega ao estabelecimento de uma regra de conduta – um juízo definitivo de dever ser – para o caso concreto¹²⁹⁵.

1.6.3. A relação de precedência condicionada deve corresponder à solução ótima exigida pelos princípios como comandos de otimização

Sendo os princípios comandos de otimização, as respetivas colisões devem ser superadas por regras que expressem a relação de precedência condicionada. Essas regras devem, por seu turno materializar uma solução ótima.

¹²⁹³ *Idem*, p. 83; p. 94.

¹²⁹⁴ *Idem*.

¹²⁹⁵ Nesta tese reside uma das manifestações daquilo que **Lúcia Amaral, A Forma...**, cit., p. 124, designa de função *nomogenética* dos princípios, isto é a possibilidade de poderem tornar-se eles próprios fontes constitutivas de outras normas, diversamente do que sucede com as regras que normalmente não alcançam esse efeito. Como nota, porém, **Alexy, Theorie...**, p. 91, **Teoria...**, p. 102, as regras também podem ser razões para outras regras.

1.6.4. Solução ótima é a que respeita e corresponde à aplicação do princípio da proporcionalidade

A solução ótima exigida pelos princípios como comandos de otimização é assegurada pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Por isso se diz que há uma estreita conexão entre princípios e proporcionalidade: o carácter de princípio implica a proporcionalidade; e a proporcionalidade implica a teoria dos princípios¹²⁹⁶. Recusando-se a teoria dos princípios tem de se recusar-se a proporcionalidade¹²⁹⁷. É através da mediação desse princípio que o comando de otimização inerente aos princípios se cumpre. A proporcionalidade existe apenas para cumprir esse comando: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, os três subprincípios que integram aquela, existem apenas para servir o sentido dos princípios, inferindo-se da sua estrutura.

Uma forma possível de traduzir isto seria o seguinte enunciado: *a realização ou exercício do bem, interesse ou valor x é permitido, proibido ou devido até ao ponto em que a permissão, proibição ou dever tenha de ceder perante uma medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito que vise a realização da proibição, permissão ou dever objeto de outro princípio com maior peso nas circunstâncias concretas.*

Utilizando um exemplo apresentado por ALEXY (*Sachkundenachweis im Einzelhandel*¹²⁹⁸): o exercício da liberdade de profissão (*P1*) é permitido, até ao ponto em que a permissão tenha de ceder perante a realização do dever de proteção dos consumidores (*P2*), nos casos em que esta seja promovida por um meio (*M*) adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

¹²⁹⁶ Alexy, *Theorie...*, p. 104; *Teoría...*, p. 115.

¹²⁹⁷ Robert Alexy, «On the Structure of Legal Principles», p. 297; Lopera Mesa, «Los derechos fundamentales ...», p. 215.

¹²⁹⁸ *A Theory...*, pp. 397 ss. Este caso, de 1965, reporta-se ao seguinte: um cabeleireiro instalou no seu estabelecimento uma máquina automática de venda de tabaco, sem obter a necessária permissão, cuja concessão exigia conhecimentos especiais que mostrassem competência para o comércio de quaisquer bens. Perante a ameaça de sanção administrativa, recorreu aos tribunais. Na sede própria o *BVerfG* entendeu que a exigência de demonstração de conhecimentos especiais (*M*) violava o princípio da proporcionalidade, por ser um meio (*M*) que limitava a liberdade de profissão (*P1*) não adequado para prosseguir o fim da proteção do consumidor (*P2*). V. *BVerfGE*, 19, p. 330.

O princípio da proibição do excesso e os seus três segmentos, além de fazer depender a extensão da realização dos princípios de um exercício de ponderação – componente que resulta da proporcionalidade em sentido estrito –, também permite otimizar as possibilidades fáticas e jurídicas desses mesmos princípios.

No referido exemplo de ALEXY, o segmento da adequação determina a preterição ou invalidade de *M* quando este não é adequado a prosseguir *P2* – isto é, não fomenta *P2* – e limita *P1*. A omissão ou invalidação de *M*, pelo *efeito conjugado* de *P1* e *P2*¹²⁹⁹, não prejudica *P2* e permite a realização de *P1*, aumentando assim a *soma das possibilidades fáticas* de realização de *P1* e de *P2*. Por outro lado, corresponde ao ótimo de Pareto, uma vez que a preterição/invalidação de *M* implica a melhoria da posição de *P1*, sem que a posição de *P2* piore.

O segmento da necessidade implica uma operação diferente. Para ilustrar a sua construção, ALEXY escolhe um exemplo (*Schokoladenosterhase I*, de 1980¹³⁰⁰) que configura uma aplicação simples da necessidade. Em causa, apenas dois princípios ou fins, dois sujeitos jurídicos e pelo menos dois meios alternativos capazes de promover o princípio ou fim prevalecente. Da exigência de necessidade decorre que um meio *M1* está proibido em relação ao *conjunto* formado por *P1* e *P2* se existir uma alternativa *M2* que realiza *P2* pelo menos de igual modo que *M1*, mas prejudica menos *P1*¹³⁰¹. Isto é, *M1* deve ser preterido ou declarado inválido se, embora adequado para prosseguir *P2*, lesa *P1* com intensidade superior à de um meio *M2*, adequado para prosseguir *P2* em igual medida. Do *efeito conjugado* de *P1* e de *P2*¹³⁰² resulta a invalidação/preterição de *M1* e a concomitante adoção de *M2*: isso é indiferente para *P2*, já que a sua realização em igual medida está assegurada, mas não é indiferente para *P1* porque permite a sua realização em maior medida do que

¹²⁹⁹ Alexy, *A Theory...*, p. 398; «Los Derechos fundamentales...», *cit.*, p. 13: de acordo com o autor a invalidação de *M* não resulta de *P1*, sujeito à interferência, mas sim do efeito conjugado de *P1* e *P2*.

¹³⁰⁰ *A Theory...*, pp. 398-399: algumas normas proibiam a venda de bolos com uma componente de pó de cacau, mas constituídos essencialmente por arroz (*M1*). A proibição *M1* restringia a liberdade de profissão *P1* com vista a alcançar o fim da proteção dos consumidores *P2*. O *BVerfG*, embora admitisse que *M1* era adequado ao fim *P2* a que se propunha, entendeu que *M1* violava desnecessariamente *P1*, uma vez que havia um meio alternativo *M2* (a publicitação da composição dos bolos) menos lesivo. Cfr. *BVerfGE* 53, p. 135.

¹³⁰¹ Alexy, «Idée et structure d'un système du droit rationnel», in *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 33 (1988), p. 37.

¹³⁰² Alexy, «Los Derechos fundamentales...», *cit.*, p. 14; mais uma vez, a invalidação de *M2* não resulta de *P1*, sujeita à interferência, mas sim do efeito conjugado de *P1* e *P2*.

se *M1* fosse executado. O segmento da necessidade potencia as *possibilidades fáticas* de realização de *P1* e *P2*¹³⁰³. Por outro lado, a necessidade concretiza o ótimo de Pareto, pois a preterição/invalidação de *M1* e a escolha de *M2* implica a melhoria da posição de *P1*, sem que a posição de *P2* piore¹³⁰⁴. Nestas circunstâncias, a escolha de *M1* em vez de *M2* seria uma opção em que a posição de *P2* permanecia invariável, mas a posição de *P1* pioraria, violando o ótimo de Pareto, isto é, configurando uma decisão *não otimizadora*.

A proporcionalidade em sentido estrito, enquanto comando de ponderação ou *balancing*, é o veículo da otimização das possibilidades jurídicas e de realização da ponderação do peso relativo dos vários princípios em colisão e das condições de precedência, tal como decorre da lei de colisão. A proporcionalidade em sentido estrito expressa-se através de uma lei de ponderação com o seguinte teor: “quanto mais alto seja o grau de não satisfação ou de sacrifício de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”¹³⁰⁵. Daí decorre, por exemplo, que mesmo que *M2* seja conforme com a necessidade, a sua adoção não é justificada se, para atingir um grau de satisfação de *P2* apenas leve ou moderada, implicar uma intensidade de interferência *alta* em *P1*. A adoção de *M2*, interferindo altamente em *P1* e gerando satisfação de importância apenas leve ou moderada de *P2*, não representaria uma otimização de *P1 conjuntamente* com *P2*¹³⁰⁶. Seria inválida à luz da proporcionalidade e.s.e. Esta consuma o postulado de que os princípios são comandos de otimização das *possibilidades jurídicas*¹³⁰⁷, isto é, das consequências jurídicas estatuídas pelas norma-princípio colidentes.

¹³⁰³ Veremos no capítulo 29 que esta interpretação do que Alexy pretende com a consideração das possibilidades fáticas não é tão linear quanto transparece no texto.

¹³⁰⁴ Alexy, *A Theory...*, p. 399.

¹³⁰⁵ Alexy, *A Theory...*, p. 401; «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», in *Doxa*, n.º 5, 1988, p. 147.

¹³⁰⁶ Alexy, «Los Derechos fundamentales...», *cit.*, p. 16; de novo, a invalidação de *M1* não resulta de *P1*, que foi sujeito à interferência, mas sim do efeito conjugado de *P1* e *P2*. Em suma, a preterição do meio (*M*, *M1* ou *M2*) resulta sempre da pretensão *conjugada* de dois (ou mais) princípios colidentes em atingir uma realização concreta otimizada das possibilidades jurídicas e fáticas.

¹³⁰⁷ Alexy, *Theorie...*, pp. 100 a 102; *Teoria...*, pp. 111-113; «Los Derechos fundamentales...», *cit.*, p. 15.

1.6.5. Apreciação crítica sumária

Não obstante a sua elegância e eloquência, as críticas à teoria dos princípios têm-lhe posto a descoberto algumas fragilidades. É sintomático que o próprio autor tenha introduzido potentes reservas aos pilares centrais da sua construção.

É o caso do amolecimento do carácter *all-or-nothing* das regras e (desamparadamente) *prima facie* dos princípios. A conclusão de que “no que respeita ao seu carácter *prima facie*, regras e princípios são claramente distintos”¹³⁰⁸, sendo consequentemente *forte* a distinção entre eles, é uma conclusão apenas tendencialmente sustentável, isto é, ela mesma apenas *prima facie*.... Voltaremos ao tema mais diante.

Por agora, importante é, sobretudo, a admissão de que os princípios não são comandos de otimização, mas sim *objeto* de comandos de otimização. Isso leva, desde logo, a que o princípio da proporcionalidade não possa decorrer diretamente dos princípios ou da sua estrutura, mas sim, quanto muito, dos *comandos para otimizar*, de que são objeto os princípios.

Outras críticas, menos relevantes para o tema da fundamentação, mas relevantes para outras zonas da dogmática da proporcionalidade, poderiam ser avançadas¹³⁰⁹. A elas regressaremos no momento próprio.

Importa, todavia, reconhecer que, não obstante algumas inconsistências, a teoria dos princípios, pelo lugar central que confere ao princípio da proporcionalidade, tem o mérito de alertar para a conexão natural que existe entre uma constituição pejada de normas abertas, potencialmente colidentes entre si e a carecer de harmonização através da lei e o princípio da proporcionalidade moderna.

1.7. A fundamentação no princípio do Estado de direito

Até aqui já tivemos oportunidade de observar que o criador do princípio da proibição do excesso, o Tribunal Constitucional alemão, tem uma visão eclética

¹³⁰⁸ *Theorie...*, p. 90 e *Teoria...*, p. 101.

¹³⁰⁹ Canas, «A proibição do excesso como instrumento mediador...», pp. 834 ss.

sobre o fundamento jus-constitucional da criatura. Embora a proibição do excesso não beneficie de uma base textual inequívoca na Lei Fundamental de Bona, o Tribunal nunca se preocupou visivelmente com a definição de uma posição uniforme sobre isso¹³¹⁰. De acordo com os observadores, se alguma tendência mais vincada existe é para a invocação, de modo não exclusivo, do princípio do Estado de direito¹³¹¹ numa aceção material¹³¹², por vezes conjugado com outros fundamentos¹³¹³.

O Tribunal Constitucional português, quando se trata de interferências em direitos, liberdades e garantias invoca reiteradamente o artigo 18.º, n.º 2, como base constitucional do princípio, por vezes acompanhado por uma referência à radicação no Estado de direito, ou no Estado de direito democrático (artigo 2.º). Nos casos em que não estão em causa aqueles direitos, esta última base constitucional é a utilizada¹³¹⁴.

Esta opção suscita críticas de alguma doutrina, que adverte que fundar um princípio com as possibilidades “desestabilizadoras”¹³¹⁵ da proibição do excesso num princípio difuso e de contornos inseguros como o do Estado de Direito é dececionante¹³¹⁶.

¹³¹⁰ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 447.

¹³¹¹ V. **Hans Schneider**, «Zur Verhältnismässigkeits - Kontrolle...», p. 391; **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, p. 160; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.ª ed., p. 185; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 535. Na doutrina a posição é maioritária. Entre muitos **Stern**, «Zur Entstehung...», p. 172; **Grabitz**, «Der Grundsatz...», pp. 584 ss.; **Haverkate**, *Rechtsfragen...*, p. 14; **Bleckmann**, «Begründung...», p. 178; **Sachs**, «Art. 20», in *Grundgesetz Kommentar*, 7.ª ed., Beck, München, 2014.

¹³¹² **Grabitz**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», p. 584. O autor retira daí o entendimento de que pelo menos as máximas da necessidade e da proporcionalidade e.s.e. não são simplesmente formais mas concretizações de uma ideia de justiça, donde captariam o seu conteúdo material. Voltaremos ao assunto *infra*.

¹³¹³ **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, p. 160.

¹³¹⁴ Cfr. indicações de jurisprudência, *supra*, capítulo 5. Em casos específicos, mencionam-se outros preceitos constitucionais, como os artigos 266.º, n.º 2, 270.º e 272.º, n.º 2. Na doutrina, entre muitos, **Canotilho**, *Direito...*, 7.º ed., p. 457; **Canotilho / Moreira**, *Fundamentos da Constituição*, p. 84; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 81; **Freitas do Amaral**, *Direito Administrativo*, II vol., 2.ª ed., p. 139.

¹³¹⁵ Cfr. a literatura citada logo nas primeiras páginas deste trabalho.

¹³¹⁶ Veja-se a reivindicação de uma fundamentação mais próxima ou menos geral em **Hans Schneider**, «Zur Verhältnismässigkeits - Kontrolle insbesondere bei Gesetzen», p. 391; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 537 (salientando também a incoerência desse fundamento, alegando a inaplicabilidade da proporcionalidade clássica em inúmeros domínios).

Além da sua generalidade ou indeterminação, ou derivada disso mesmo, há a natureza polissémica do princípio do Estado de Direito¹³¹⁷, a qual se foi traduzindo na capacidade de adaptação, evolução ou mutação histórica do seu núcleo material^{1318/1319}.

Do ponto de vista desse núcleo, o Estado de Direito dos primeiros liberais não se identifica, por exemplo, com o Estado de Direito matizado pelas perspetivas do chamado Estado social.

Sendo assim, qual o Estado de Direito que pode fundar e dar substância ao princípio da proporcionalidade: o dos primeiros liberais? O do formalismo do final do século XIX? O Estado de Direito gerado pelo Estado-Providência? A tradução mimética do anunciado Estado pós-social?

1.7.1. O Estado de direito liberal e o princípio da proporcionalidade

O conceito de Estado de Direito dos liberais é pautado pela carga filosófica da proteção da liberdade e da propriedade. Instrumentais a essas ideias fundamentais são os princípios da separação de poderes e da prevalência da lei do Parlamento sobre a atividade do executivo¹³²⁰. Os problemas da sociedade são tomados como simples conflitos de interesses particulares que devem ser dirimidos e superados através dos mecanismos próprios da sociedade civil, ou de mecanismos colocados pelo Estado ao serviço da sociedade civil. A intervenção do Estado deve ser mínima

¹³¹⁷ Chega-se a alvitar que o Estado de Direito é uma "fórmula vazia" ou um conceito jurídico relativo que, para adquirir um significado normativo preciso, necessita de ser qualificado ou adjetivado por normas jurídicas que lhe atribuem conteúdo variável de contexto para contexto. Neste sentido, por exemplo, **Sérvulo Correia, *Legalidade...***, p. 35. No entanto, o "preenchimento" da fórmula não é absolutamente livre, uma vez que, apesar de relativo, o conceito de Estado de Direito não prescinde, pelo menos, de um sentido "mínimo", associado à ideia de *limitação juridificada do exercício da autoridade política*.

¹³¹⁸ Sobre as várias "adjetivações" do Estado de Direito v. o ensaio de **Novais, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito...***, particularmente pp. 51 ss.; também, **Lúcia Amaral, *A Forma da República...***, pp. 139 ss. Mais em geral, entre bibliografia inesgotável, **Miranda, *Manual...***, vol. I, 7.^a ed., pp. 83 ss.; **Sousa e Brito, *A Lei penal...***, pp. 222 ss.; **Canotilho, *Direito...***, 7.^a ed., pp. 93 ss.; **Sérvulo Correia, *Legalidade...***, pp. 190 ss.; **Maria da Glória Garcia, *Da Justiça...***, pp. 267 ss.; **Otero, *Direito Constitucional...***, pp. 51 ss.; **Morais, *Curso...***, tomo II, vol II, pp. 77 ss.

¹³¹⁹ **Lúcia Amaral, *A Forma da República***, p. 147.

e subsidiária. Quando o Estado é forçado ou chamado a intervir, designadamente para garantir a segurança e a ordem públicas, essa intervenção reduz-se ao necessário ou indispensável. De entre as que virão a ser as componentes do princípio da proporcionalidade clássica, dá-se préstimo, quanto muito, à ideia de *necessidade* (com a *adequação* implícita) numa versão pouco ambiciosa.

O Estado de direito liberal, filosoficamente marcado, juridifica-se gradualmente, com crescente formalização sob a égide do princípio da legalidade¹³²¹. Essa evolução no sentido da crescente formalização, do império da lei e da mecanização do exercício da função judicial, não é favorável à gestação do princípio da proporcionalidade na sua versão clássica e muito menos na sua versão moderna, cujo destinatário cimeiro é o legislador. nenhuns limites jurídicos ao poder legislativo eram considerados indispensáveis¹³²². Limites, tinham de ter as atividades de polícia. É em relação a esta que se assiste à instalação progressiva da linguagem de necessidade.

Em suma, embora as ideias de moderação e de proporção não sejam desconhecidas, a aplicação de qualquer coisa parecida com a proibição do excesso na sua versão contemporânea, quer na relação entre Estado e cidadãos, quer nas relações entre particulares ou através das normas que incidem sobre as relações entre particulares, é estranha ao quadro jus-filosófico do Estado de direito liberal.

1.7.2 A conceção material de Estado de direito e o princípio da proporcionalidade

O paradigma do Estado de direito liberal sofre um processo gradual de obsolescência que atinge o seu ponto de rutura no pós II Guerra. As circunstâncias - as significativas alterações da realidade constitucional - obrigam o Estado a descer à sociedade civil para satisfazer, proteger ou patrocinar interesses que dantes dependeriam do livre jogo das relações individuais e do funcionamento do mercado. A linearidade e simplicidade padronizada das relações entre interesses públicos e

¹³²¹ Novais, *Contributo...*, pp. 122 ss.; Maria da Glória Garcia, *Da Justiça...*, p. 294; Lúcia Amaral, *A Forma da República*, p. 147.

¹³²² Lúcia Amaral, *A Forma da República*, p. 152.

privados e entre interesses privados típicas do contexto liberal é substituída pela complexidade e diversificação de interesses e relações, certamente captada e identificada pelas correntes pluralistas¹³²³.

Neste ambiente, o princípio do Estado de direito mantém a sua componente formal, que transita do período liberal, mas vê acrescentada uma dimensão material. O novo protagonismo reconhecido ou exigido ao legislador (e à Administração) é pautado pela vinculação aos valores da dignidade humana, da democracia, da justiça, da igualdade, da liberdade, da segurança, da confiança e acompanhado pela sujeição a novos limites e instâncias de controlo, designadamente através da institucionalização da justiça constitucional e da fiscalização das ações, mas também das omissões, do legislador. A força normativa da constituição e dos direitos fundamentais é reforçada.

Atinge-se um novo equilíbrio constitucional no que se refere à relação entre constituição e legislador. À constituição são confiadas novas funções¹³²⁴. O paradigma desse novo equilíbrio é o da *constituição dirigente*. No quadro da constituição dirigente, que é também uma constituição *total*, a que nada é indiferente, o legislador democrático vê reforçados os poderes arbitrais que já exercia no passado mas, além disso, é obrigado pela constituição a uma atitude mais interventiva em todos os setores¹³²⁵. É certo que a vinculação do legislador à constituição continua a não poder ser concebida em termos semelhantes à vinculação entre administrador e lei¹³²⁶. A legislação não é mera execução da

¹³²³ Sobre as correntes pluralistas e as várias escolas do pluralismo sociológico v. **Lúcia Amaral**, «O problema da função política dos grupos de interesse...», *cit.*

¹³²⁴ V. sobre as (já não tão) novas funções da constituição, **Canotilho**, *Constituição dirigente*, pp. 150 ss.

¹³²⁵ O conceito de constituição dirigente é polissémico, sendo aqui empregue num sentido intermédio, situado entre o de **Canotilho**, *Constituição dirigente...*, pp. 223, 261, 293 ss., 304, 462, etc. e o de **Lerche**, *Übermass.*, pp. 61 ss. e *Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirectiven - Zur den «nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen»*, in *AöR*, vol. 90 (1965), pp. 311-372, esp. 369. A constituição dirigente do primeiro é a constituição das normas que definem fins e tarefas do Estado e as diretivas e imposições a que está sujeito (*Constituição...*, p. 224). A constituição dirigente de **Lerche** tem que ver - mais limitadamente - com as "*diretivas permanentes*" formais, fixadas na constituição e que o legislador tem de cumprir quotidianamente (princípio da proibição do excesso, princípio da determinabilidade, princípio da calculabilidade, etc.).

¹³²⁶ Assim **Canotilho**, *Constituição dirigente...*, pp. 174, 216 ss.; **Andrade**, *Os Direitos...*, 2.^a ed., p. 213: a Constituição não pode ter o apetite regulamentador da lei; a função político-legislativa é demasiado complexa e aventureira em comparação com a ticanhez administrativa; a lei como manifestação das forças vivas da comunidade não se submete a testamentos elaborados em épocas de euforia utopista.

constituição. Mas também não se pode encarar a constituição como mero limite da legislação¹³²⁷, sendo inquestionável que a lei é “*positiva e negativamente*” determinada por aquela¹³²⁸.

Naturalmente, este movimento na direção de um novo equilíbrio não triunfa sem que surjam resistências de quem pretende que a constituição mantenha o seu caráter de parâmetro no quadro do qual o legislador age com ampla liberdade de conformação.

Os adeptos da ancoragem da proibição do excesso no Estado de direito apelam sobretudo ao conceito *material* de Estado de direito, isto é, ao conceito que conjuga os elementos formais, herdados dos liberais, com elementos materiais adquiridos no pós II Guerra¹³²⁹.

Todavia, basta uma superficial análise comparada para constatar que a proibição do excesso não é um produto automático do princípio do Estado de Direito entendido em sentido material.

Certamente que esta precipitação do princípio do Estado de direito convive bem e funciona melhor com o princípio da proibição do excesso e, mais profundamente, com o princípio da proporcionalidade em sentido moderno. Todavia, por si só, ela não explica nem implica a necessária receção deste princípio. É fácil verificar que não obstante a universalização do entendimento material contemporâneo do princípio do Estado de direito¹³³⁰ (mesmo em Estados onde esse conceito não faz parte do ideário teórico, como o Reino Unido) e a paralela universalização tendencial do princípio da proibição do excesso, há ordens jurídicas onde este é

¹³²⁷ Acentuando a necessidade de dosear um “pensamento de limites” com um “pensamento de fundamentação” ou de “execução” para melhor compreender as relações entre constituição e lei, **Canotilho, *Constituição dirigente...***, pp. 174-175, 249, 297.

¹³²⁸ **Canotilho, *Constituição dirigente...***, pp. 244, 249, etc. Realça-se, contudo, que a força determinante da constituição deve ser entendida ou medida de forma gradativa. O autor alude a uma escala que vai de um “grau zero de vinculação positiva” a uma vinculação positiva estreita (p. 251)

¹³²⁹ V., por exemplo, **Bonavides, «O Princípio...»**, pp. 281 ss.

¹³³⁰ Isto é, o entendimento de que “o poder do Estado só pode ser exercido com fundamento na Constituição, e em leis que formal e materialmente sejam conformes com ela [constituição], e com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a segurança”: **Lúcia Amaral, *A Forma da República***, p. 153, citando **Stern**.

deliberadamente ignorado (como nos EUA) ou se aplica em termos contidos ou até excepcionais¹³³¹.

O alcance e a extensão do princípio do Estado de direito em sentido material funda-se, ele próprio, na constituição que pode, ou não, consagrar a proibição do excesso como um dos componentes da conceção de Estado de direito vigente. E, se a proibição do excesso for um desses componentes, pode variar a sua própria extensão e alcance.

Consequentemente, é necessário olhar além do princípio do Estado de direito, isto é, para os seus tirantes constitucionais, para saber se o entendimento constitucionalmente adequado incorpora nele o princípio da proibição do excesso (e, eventualmente, outros instrumentos de ponderação e harmonização). Este princípio, se recebido pela constituição, é certamente um dos pilares estruturais da versão mais perfeita do princípio do Estado de direito no entendimento material. Mas, em bom rigor, não se funda nesse princípio mas sim nos *fundamentos constitucionais desse princípio*. Por isso, no caso português não basta invocar o artigo 2.º da Constituição e o princípio do Estado de direito nela consagrado para justificar a aplicação do princípio da proibição do excesso. É necessário ir mais fundo, ao âmago e sentido da própria Constituição para ver se ela torna imprescindível a aplicação do princípio da proibição do excesso e, em caso afirmativo, com que extensão.

A inevitabilidade do princípio da proibição do excesso e, mais latamente, da proporcionalidade moderna, decorre das modificações estruturais que a constituição sofreu nas décadas mais recentes, acentuando ou extremando algumas das tendências descritas nos parágrafos precedentes. Crucial para uma boa ancoragem constitucional do princípio da proibição do excesso é a compreensão do conceito de constituição *prima facie* e da realidade constitucional a que ela corresponde.

¹³³¹ Eventualmente preterido a favor de *standards* como o *Wednesbury test*, o *bilan coût-avantages*, a *ragionevolezza*, etc. Quanto aos EUA apresentámos *supra* (capítulo 3) os testes jurisprudencialmente desenhados.

2. Fundamento no sentido geral do ordenamento de constituição *prima facie*

Num contexto de um estado pós-social ou de um terceiro folego do Estado social¹³³², o Estado exerce as funções de árbitro e de regulador integrador de interesses grupais numa organização social complexa e pluralista, tributária de várias narrativas (LYOTARD¹³³³). A separação entre Estado e sociedade é mais *ténue*. As expressões *socialização do Estado*¹³³⁴ e *estadualização da sociedade*¹³³⁵ adquirem curso irrestrito, num cenário de geometria variável, com justaposição de espaços funcionais, estatais e sociais, semipúblicos e/ou semiprivados¹³³⁶. As instituições do poder público tornam-se instâncias de pilotagem conjuntural ou sectorial de situações, sem uma pretensão global de generalidade¹³³⁷.

Dessa transformação, em que, no fundo, o Estado deixa de poder invocar exclusivamente um papel de promotor de um hipotético interesse geral, para se transformar num árbitro ou regulador de interesses ou forças conjunturais e sectoriais, resultaria a própria reponderação da noção de *interesse geral* ou de *interesse do Estado*, enquanto interesse à margem ou distinto daqueles interesses sectoriais. A pretensão de legitimidade das suas decisões deixaria de se basear simplesmente numa alegada prossecução do interesse geral, para se deslocar para considerações meramente performativas ou de eficácia na preservação ou generalização de um ambiente social favorável, com satisfação equilibrada de interesses plurais¹³³⁸. A lei torna-se um instrumento precário de compromisso¹³³⁹.

¹³³² Marcelo Rebelo de Sousa, *A Lei no Estado...*, pp. 9 ss.

¹³³³ Jean François Lyotard, *A condição pós-moderna*, trad. port. de *La condition postmoderne*, Lisboa, Gradiva, s.d., esp. pp. 39 ss.

¹³³⁴ Cfr. Nadales, *Introducción...*, pp. 61 ss., 109 ss.

¹³³⁵ *Idem*, pp. 43 ss.

¹³³⁶ *Idem*, p. 69.

¹³³⁷ *Idem*, pp. 111, 170.

¹³³⁸ *Idem*, pp. 125-126.

¹³³⁹ A expressão é de Lúcia Amaral, *Responsabilidade...*, p. 703.

Nestas circunstâncias, há o risco de colapso da racionalidade global do sistema (fala-se em déficit de racionalidade geral¹³⁴⁰) que deve ser contrabalançado por instrumentos indutores e estabilizadores de racionalidade.

Ora, esta realidade constitucional, ocasionalmente amplificada por situações de crise económica ou outra¹³⁴¹, interage com constituições dirigentes, estruturadas em torno de princípios e valores que se justapuseram ao longo das várias fases do desenvolvimento político, nominalmente restritivas da liberdade de conformação do legislador através da imposição de um número crescente de deveres de ação, de fins e de objetivos programáticos. A constituição, como ordem total¹³⁴², é aberta¹³⁴³ e interessa-se tendencialmente por todo o tipo de relações sociais, que são transformadas em relações constitucionais ou constitucionalmente relevantes (*constitucionalização do ordenamento, constitucionalização da sociedade*)¹³⁴⁴, muitas vezes com direta tradução na ampliação do catálogo dos direitos fundamentais¹³⁴⁵.

Uma constituição com estas características aspira a uma normatividade superlativa. Todavia, as condições para uma efetiva e elevada normatividade são precárias. Por um lado, temos a *realidade constitucional* complexa e pluralista, expressão de várias narrativas e com tendência para uma conflitualidade persistente, mutante e assimétrica. Por outro, a *textura constitucional*, ambiciosa, extensa e cheia de

¹³⁴⁰ **Nadales**, *Introducción...*, p. 71.

¹³⁴¹ Sobre a Constituição na (e da) crise cfr. os ensaios coligidos por **Jorge Bacelar Gouveia/Nuno Piçarra**, em *A Crise e o Direito*, Almedina, Coimbra, 2013 e, numa perspetiva essencialmente crítica, por **Gonçalo de Almeida Ribeiro / Luís Pereira Coutinho**, *O Tribunal Constitucional e a crise*, cit.; **Morais**, *Curso...*, II, 2, pp. 709 ss.

¹³⁴² Na senda do Tribunal Constitucional alemão, a doutrina alemã da década de 1950 em diante fala de "*Allgegenwart des Verfassungsrechts*" (omnipresença do direito constitucional) e de "*absolut vollständige Oberrechtsordnung*" (v. **Ehmke**, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», in *VVDStRL* vol. 20, 1963, p. 70; **Roellecke**, «Prinzipien ...», p. 33; ambos *apud Bomhoff*, *Balancing...*, pp. 104 ss.); para **Böckenförde**, um dos críticos mais vigorosos deste desenvolvimento, mais do que uma constituição total há o risco de um totalitarismo constitucional: *Estudios...*, pp. 42-43.

¹³⁴³ Sobre as várias aceções da abertura da Constituição portuguesa, **Otero**, *Direito Constitucional...*, pp. 173 ss.

¹³⁴⁴ V. uma exposição sintética em **Guastini**, *La sintassi...*, pp. 196 ss.

¹³⁴⁵ **Guastini**, *La sintassi...*, p. 203, fala de direitos subjetivos *magicamente* gerados pela evolução social. Destes e de outros indicadores retiram alguns - talvez precipitadamente - a diminuição da importância do texto da constituição, degradado a mera "sombra" dos princípios sobre direitos partilhados internacionalmente: v. **Cohen-Eliya / Porat**, «Proportionality...», p. 484. Essa desvalorização do texto seria coeva à cultura da justificação, tal como apresentada pelos autores. Não distante, **Otero**, *A Democracia Totalitária*, p. 154, fala de debilitação ou adulteração da "fundamentalidade" do próprio conceito de direito fundamental.

conceitos vagos e indeterminados, fornecedora de sustentação normativa para um número infinito e sempre renovado de pretensões cruzadas. A interceção entre estes dois dados suscita a proliferação de colisões entre normas e entre bens, interesses ou valores acalentados, pelo menos *prima facie*, pelas normas constitucionais¹³⁴⁶. Isto gera um singular paradigma no plano estrutural e no plano institucional¹³⁴⁷. No que concerne à estrutura normativa, a necessidade de enfrentar frequentes e multifacetadas colisões implica que as normas constitucionais, particularmente (mas não exclusivamente) nos domínios não orgânicos, *amoleçam*. Enunciados normativos aparentemente categóricos podem sofrer interpretações relativizantes imprescindíveis para evitar bloqueios e impasses constitucionais.

A irrupção, nas últimas décadas, da relatividade constitucional altera a estrutura normativa das constituições, incutindo-lhes carácter *prima facie* em amplos domínios. Nesses amplos domínios - cuja expansão, aparentemente, ainda não terminou -, a constituição estabelece critérios de decisão e argumentos apenas *prima facie*, mediados através de normas com *prescriptivité imparfaite*¹³⁴⁸. Esses critérios e argumentos *prima facie* consolidam-se ou não em função dos resultados da consideração de todos os critérios e argumentos contraditórios relevantes para uma decisão concreta. Quando se fala de constituição *prima facie*¹³⁴⁹ não se

¹³⁴⁶ V., por exemplo, **Paulo Branco**, *Juízo de ponderação...*, p. 7.

¹³⁴⁷ Entre as propostas de apresentação, explicação e enquadramento desse paradigma contam-se as (várias) teorias do *neoconstitucionalismo*, crescentemente representadas sobretudo nas culturas jurídicas italiana e espanhola, bem como em alguns países sul-americanos, incluindo o Brasil (Carbonell, Prieto Sanchís, Comanducci, Guastini, Zagrebelski, Moreso, Ferrajoli, Barroso e outros). V. entre muitos **Luis Prieto Sanchís**, «El constitucionalismo de los derechos», *cit.*; **Paolo Comanducci**, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», in Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 75 ss.; **Luís Roberto Barroso**, «Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil», 2005, consultado em <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito#ixzz3HCPCFumB> ; **Miguel Carbonell** (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2009; **Paulo Branco**, *Juízo de ponderação...*, pp. 130 ss.

¹³⁴⁸ A expressão é de **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, p. 154, *passim*.

¹³⁴⁹ Propusemos o conceito em «Constituição *prima facie*...», *cit.* Uma referência mais ou menos remota da ideia de Constituição *prima facie* (como, em geral, da construção de posições jurídicas *prima facie*) pode buscar-se na filosofia moral de **William David Ross** e nos seus deveres *prima facie* ou *deveres condicionais*: v. *The Right and the Good*, Clarendon Press, Oxford, 1930, p. 16, descarregado de <http://www.ditext.com/ross/right.html>. D. El concepto de A leitura do trabalho de Ross revela um discurso algo ambíguo e até confuso, mas o seu sentido geral continua a ser usado como referência. Importante é, também, a reformulação proposta por **John Searle**, «Prima Facie Obligations», in J. Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 1978, pp. 81-90. (três hipóteses de uso da expressão: (i) as normas *prima facie* não obrigam

pretende excluir que a constituição estabeleça também normas que devem ser consideradas definitivas, isto é, que já exprimem e esgotam todas as ponderações dos argumentos que devem ser considerados antes de tornar obrigatório um comportamento. Tão pouco se pretende reconduzir a argumentação jurídica que envolve toda a interpretação e aplicação do Direito a exclusivas operações de ponderação e harmonização¹³⁵⁰.

A constituição *prima facie* adapta-se dinamicamente às circunstâncias concretas. Não há uma "constituição da crise" ou "da austeridade", "das vacas gordas", neoliberal ou socialista¹³⁵¹. Há uma constituição que alinha critérios e argumentos, ocasionalmente contraditórios na sua instanciación, que permitem estruturar e atualizar os equilíbrios que a cada momento são considerados apropriados. Nesse quadro, os instrumentos de racionalização que previnem ou desmantelem a desproporção, o defeito ou a distribuição inequitativa do que quer que a comunidade se imponha ou produza, sejam sacrifícios ou benefícios, não são o único elemento operativo¹³⁵², mas são um elemento operativo imprescindível.

Esta metamorfose do sentido normativo das constituições tem-se repercutido ou sido interpretada por numerosos desenvolvimentos da teoria da constituição e do direito constitucional. Um dos que têm concitado maior adesão é a teoria dos princípios, acima enunciada. Para a teoria dos princípios, as normas consagradoras de direitos fundamentais têm natureza de normas-princípio, com validade

realmente do ponto de vista jurídico; (ii) as normas *prima facie* obrigam, mas apenas de forma fraca; (iii) quer as normas *prima facie* quer as definitivas obrigam, mas de maneira diferente, expressando razões para ação de modo diferente). Cfr., ainda, **R. M. Hare**, *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point*, Clarendon Press, Oxford, 1981, pp. 29 ss.; **Klaus Günther**, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse...*, pp. 270 ss; **Pirker**, *Proportionality...*, pp. 48 ss. V. outros conceitos afins, sinónimos ou alternativos a *prima facie* em **Pulido**, *El principio...*, pp. 643 ss.

¹³⁵⁰ **Poscher**, «The Principles Theory...», pp. 242 ss., *passim*.

¹³⁵¹ Cfr. **Morais**, *Curso...*, II, 2, p. 761.

¹³⁵² Como flui de vários trechos desta dissertação, não se rejeita a pertinência de outros mecanismos de prevenção ou de resolução de colisões, como as ordens lexicais, os mecanismos de negociação, a definição de conteúdos mínimos absolutos e outros. Apenas se entende que num sistema político e jurídico pluralista a resolução de colisões não pode fazer-se com simples recurso a ideais políticos e existenciais homogêneos e fechados, que se traduzam numa tirania de valores: assim **Jansen**, «Los fundamentos...», p. 65.

transitoriamente *prima facie* enquanto não adquiram validade definitiva através de processos de harmonização em casos concretos¹³⁵³).

Todavia, a natureza *prima facie* da constituição emerge noutras zonas. Isso é evidente na Constituição portuguesa, na medida em que, fora das zonas organizativas (e, por vezes, também aí), assume uma tonalidade marcadamente principialista e programática. Mais: preceitos constitucionais que à primeira vista poderiam parecer repositórios de normas aplicáveis através de subsunção são convertidos à lógica da ponderação. O que pareceria definitivo é afinal *prima facie*, como pode ser o caso das normas sobre limites às restrições do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3¹³⁵⁴, ou das normas que estabelecem as *suspect classifications* do artigo 13.º, n.º 2, ou do artigo 36.º, n.º 4¹³⁵⁵. A declaração da inconstitucionalidade de normas pelo Tribunal Constitucional pode sê-lo apenas *prima facie*, podendo os respetivos efeitos ser restringidos de acordo com o artigo 282.º, n.º 4. Mesmo os limites materiais de revisão do artigo 288.º não estão imunes a uma leitura *prima facie*.

Pode dizer-se que a constituição *prima facie* não confirma os receios de sobredeterminação ou de sobreconstitucionalização (BÖCKENFÖRDE), afastando-se contudo do paradigma da *constituição negociável* (WEBBER) e também da conceção pós-moderna de que as resoluções de conflitos devem ser deixadas aos subsistemas sociais e não à autoridade¹³⁵⁶.

Sobressaem dois sintomas disso.

Por um lado, o legislador, primeiro responsável pela resolução das colisões referidas, vê a sua liberdade de conformação confirmada e até *reforçada*. Isso é claro, por exemplo, na conformação dos direitos fundamentais, mesmo quando as constituições rodeiam de cautelas e reservas as interferências neles. Na Alemanha, o artigo 19.º, 1 e 2, da Constituição estabelece cláusulas formais e materiais de

¹³⁵³ Sob o conceito de situações concretas abrigamos também as colisões ou conflitos de direitos resolvidos pelo legislador através de normas gerais e abstratas: cfr. **Virgílio Afonso da Silva**, «O conteúdo essencial...», p. 40.

¹³⁵⁴ V. a demonstração exaustiva desta tese em **Novais**, *As restrições...*, cit.

¹³⁵⁵ **Miranda**, *Manual...*, tomo IV, 5.ª ed., p. 282; com discurso mais matizado, **Lúcia Amaral**, «O princípio da igualdade...», p. 54. Esta natureza *prima facie* das classificações ou classes suspeitas é um traço bem marcado da jurisprudência constitucional americana sobre a 14.ª Emenda.

¹³⁵⁶ Cfr., por todos, **Ladeur**, *Kritik der Abwägung...*, pp. 32 ss.; **Fischer-Lescano**, «Kritik der praktischen Konkordanz», p. 174.

limites a interferências. Uma delas é a reserva de lei: os direitos só podem ser restringidos por lei e quando a Constituição o permita. Há numerosos direitos que aquela Constituição não sujeita a reserva de lei, isto é, cuja restrição não é expressamente permitida (liberdade religiosa, de consciência e de crença, artística e científica, de eleição da profissão, etc.). Todavia, na prática, a teoria dos limites imanentes elaborada pelo *BVerfG* permite ao legislador a interferência em todos os direitos, independentemente de reserva de lei¹³⁵⁷. A inoperância dos outros limites constitucionais é também assinalada¹³⁵⁸. Veremos que em Portugal a situação não é substancialmente diferente, embora o uso pouco saudável que o Tribunal Constitucional fez da teoria dos limites imanentes apele a soluções doutrinárias e jurisprudenciais alternativas.

Mas, por outro lado, assiste-se à multiplicação e amplificação dos instrumentos de controlo judicial da atividade do legislador - particularmente no cumprimento dos denominados deveres de ação - e a maiores exigências de justificação¹³⁵⁹.

Esta sintomatologia não é forçosamente a de uma redistribuição de poderes ou de um deslizamento do poder do legislador para o juiz constitucional¹³⁶⁰, ou tão pouco a da transição para um Estado de juízes¹³⁶¹ ou para uma "jurisocracia"¹³⁶². Há um reforço conjugado de ambos, cada um na sua esfera própria, sem que isso implique a subjugação do outro¹³⁶³. Pode suceder que o modo como o legislador

¹³⁵⁷ **Starck**, «Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigung, Grundrechtsberechtigung», in K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, Beck, München, 1994, pp. 550 ss.; **Bamberger**, «Vorbehaltlose Grundrechte...», cit.; **Maribel Pascual**, *El Tribunal Constitucional...*, pp. 52 ss.

¹³⁵⁸ **Maribel Pascual**, *El Tribunal Constitucional...*, p. 53, com mais referências.

¹³⁵⁹ Fala-se até de uma "cultura de justificação", contraposta a uma "cultura de autoridade" (em termos dicotómicos que parecem artificiais): cfr. **Cohen-Eliya/Porat**, «Proportionality...», pp. 474 ss.

¹³⁶⁰ Diferentemente, **Cohen-Eliya/Porat**, «Proportionality...», p. 483, *passim*, em termos que não podem ser aceites, até por parecer que indiciam uma certa "suspeição" contra o legislador democrático.

¹³⁶¹ V. **Bork**, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, American Enterprise Institute Press, 2003; **Knies**, «Auf dem Weg in den "verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat», cit.

¹³⁶² **Ran Hirschl**, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2004. É claro que há sempre o risco de o juiz constitucional ceder à tentação da desmultiplicação de fórmulas de cada vez maior complexidade, indeterminação e imprevisibilidade: cfr. **Coutinho**, «Formular e Prescrever...», cit., pp. 253 ss. Mas esse é um risco geral da jurisdição constitucional e não exclusivo do ambiente de constituição *prima facie*.

¹³⁶³ V. **Maribel Pascual**, *El Tribunal Constitucional...*, p. 57.

soluciona algumas colisões não esteja sujeita a controlo judicial¹³⁶⁴. Mas a circunstância de muitas das colisões envolverem bens, interesses ou valores objeto de normas de direitos fundamentais determina que a regra seja a sujeição dos comportamentos do legislador a controlo judicial, ainda que a intensidade do controlo possa assumir geometria variável.

Missões essenciais da constituição, da teoria e da dogmática constitucionais são, por um lado, garantir que esse movimento de *relativização* do que dantes, pelo menos em alguns casos, era considerado absoluto, não se traduza na desnortativização do que verdadeiramente deve continuar a ser a *red line* que a comunidade não pode ultrapassar. Por outro lado, devem velar por que os *instrumentos* que permitem a operacionalização da ideia de constituição *prima facie* sejam eficazes, racionais e suficientemente precisos para garantir que a fundamentação e justificação das medidas do legislador (e de outras autoridades normativas) sejam suficientemente intersubjetiváveis para assegurar a coesão da comunidade política¹³⁶⁵.

A operacionalização da constituição *prima facie* requer instrumentos de harmonização. Uma das formas que esses instrumentos podem assumir é a do princípio clássico da proporcionalidade ou proibição do excesso. Em certos contextos, sobretudo na Europa, a constituição *prima facie* é contemporânea da era do princípio clássico da proporcionalidade. Veremos, em breve, que a maior atenção à estrutura deontica das normas constitucionais conduz a que haja outros instrumentos de harmonização além da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso, justificando-se hoje a exploração da noção de *proporcionalidade moderna*. Entre proporcionalidade moderna e constituição *prima facie* há uma interação recíproca. Por um lado, a estrutura da constituição *prima facie* é um dos fundamentos da proporcionalidade moderna. Por outro lado, a proporcionalidade moderna é elemento constitutivo da constituição *prima facie*, sendo um dos utensílios cruciais para evitar bloqueios na sua aplicação.

¹³⁶⁴ Para alguns autores é o caso das colisões entre bens, interesses ou valores sem dimensão subjetiva, isto é, em que estão em causa apenas interesses públicos: **Bleckmann, *Begründung...***, p. 182; **Pirker, *Proportionality...***, p. 109.

¹³⁶⁵ A sùmula do texto não está longe do "programa" (talvez indiciador de um reajustamento significativo do pensamento do autor) de uma constituição "dúctil" e "principiológica", servida por um controlo da constitucionalidade de "baixa intensidade", não redutora da autonomia do legislador e aberta ao direito internacional e à realidade multifacetada, proposto por **Morais, *Curso...***, II, 2, p. 761.

Conforme defendemos no número anterior, não é suficiente bater à porta do princípio do Estado de direito para encontrar o fundamento da proporcionalidade moderna e das suas ramificações, incluindo a proporcionalidade clássica ou proibição do excesso. Decisiva é a aquisição e instalação dos valores do compromisso, da mediação e do pluralismo¹³⁶⁶ subjacentes à constituição *prima facie*. Não obstante, num ambiente de constituição *prima facie*, a proporcionalidade moderna é necessariamente um dos pilares estruturais do Estado de direito. Sendo instrumentos essencialmente formais ou axiologicamente neutrais, capazes de *veicular* ou mediar todo o tipo de bens, interesses ou valores, é todavia possível formatar os seus pressupostos e estrutura de modo a que, quando for caso disso, valores como a *liberdade*¹³⁶⁷ e a *livre expressão e desenvolvimento da personalidade, a dignidade e autonomia da pessoa* suavizem uma inclinação que por vezes é acusada de ser exclusivamente consequencialista.

Este nexos incindível entre constituição *prima facie* e proporcionalidade moderna não apenas fornece fundamento para esta como fornece razões para a aplicabilidade praticamente ilimitada dos seus desdobramentos, cobrindo quase todas as situações em que haja colisões não solúveis através de mera subsunção. Veremos em que termos e com que limites.

¹³⁶⁶ Sobre a importância dessas aquisições no Estado moderno, v. **Cohen-Elya/Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...», p. 21. Por aqui se pode explicar que a proporcionalidade não tenha florescido, como hoje floresce em todo o Mundo, quando se lançaram as raízes do Estado de Direito, se consagraram direitos, ou se reconheceu o desenvolvimento da personalidade ou a dignidade humana. De facto, a proporcionalidade só se torna gramática constitucional universal quando os valores do compromisso, mediação e compromisso são definitivamente absorvidos pelos Estados, como sucede na atualidade. Nessa medida, talvez se possa dizer (abstraindo do facto de os referidos autores invocarem aquelas ideias para o caso específico da Alemanha, no contexto de uma teoria de *balancing intrínseco*, em contraposição com o *balancing limitado* dos EUA, fundado numa conceção orgânica do Estado alemão e na circunstância de a proporcionalidade ter surgido na Alemanha para garantir direitos, enquanto nos EUA surgiu para possibilitar a sua limitação) que a prova de que aqueles são os verdadeiros fundamentos e não os clássicos, resulta de só quando aqueles valores se tornaram evidentes nos Estados e nas sociedades é que a proporcionalidade se expandiu.

¹³⁶⁷ O conceito de liberdade que aqui subjaz prende-se a uma noção que vai muito além do jurídico, tendo mais que ver com um conceito polissémico de liberdade, como o que **Amartya Sen** propõe (por exemplo, ***Un Nouveau Modèle Économique. Développement, Justice, Liberté***, trad. de *Development as Freedom*, Paris, 2000). A liberdade resultaria de um processo de desenvolvimento que suprima os principais fatores que se opõem às liberdades: a pobreza, a tirania, a ausência de oportunidades económicas, as condições sociais precárias, a intolerância, etc.

3. O comando de harmonização como alicerce normativo da proporcionalidade moderna

3.1. Noção de comando de harmonização

A constituição *prima facie* é a expressão sintetizada da estrutura *prima facie* de numerosas normas constitucionais. Esta estrutura *prima facie* é a forma de evitar impasses constitucionais por ocasião das frequentes colisões entre fins, normas constitucionais e bens, interesses ou valores por elas tutelados. A proliferação dessas colisões resulta da tensão entre a realidade constitucional em persistente processo de mutação e complexificação e a textura normativa constitucional em continuado processo de sobreconstitucionalização. O conceito de constituição *prima facie* é, portanto, um conceito descritivo e não normativo.

A *realidade de facto* da constituição *prima facie*, isto é, a efetiva atribuição a numerosas normas constitucionais de uma estrutura *prima facie*, torna imprescindíveis instrumentos de harmonização que assistam à resolução racional das colisões normativas¹³⁶⁸. Vale a premissa de que a *unidade da constituição* nunca permite o sacrifício *integral* de um dos bens, interesses ou valores em colisão¹³⁶⁹.

Entre aqueles instrumentos, estão os que se abrigam sob o meta conceito de proporcionalidade moderna (proibição do excesso, proibição do defeito, proporcionalidade equitativa, proporcionalidade retributiva).

Sendo um *dado de facto* que fundamenta a imprescindibilidade daqueles instrumentos de harmonização, a constituição *prima facie* não constitui o seu fundamento *normativo*. Importa, por isso, determinar o fundamento *normativo jus-constitucional* da proporcionalidade em sentido moderno e das respetivas ramificações. Consiste ele nos *comandos de harmonização*.

Concentrar-nos-emos nos comandos de harmonização como normas de ação dirigidas ao legislador. Os comandos de harmonização como normas de controlo

¹³⁶⁸ Essa imprescindibilidade também existe, aliás, no contexto da aplicação de outros instrumentos, designadamente, os internacionais de direitos do homem: v., por exemplo, **Christoffersen, Fair Balance: Proportionality...**, p. 198, a propósito da CEDH e do TEDH.

¹³⁶⁹ Diferentemente, **Ávila, Teoria...**, p. 62, sustentando que uma das quatro formas de relacionamento de princípios ou fins é a possibilidade de a realização de um fim instituído por um princípio excluir integralmente a realização do fim estabelecido pelo outro.

endereçadas ao juiz constitucional têm algumas especificidades que terão de ser atendidas noutra local.

As ordens jurídicas que reconhecem a possibilidade de colisões normativas - de fins, de bens, interesses ou valores, de posições jurídicas do legislador face às colisões - contêm, num meta-nível, um ou vários *comandos de harmonização*¹³⁷⁰. Estes comandos desempenham várias funções: (i) atribuem ao legislador a faculdade/dever de ponderação ou avaliação preliminar da *importância* e *intensidade* da realização e da *posição relativa* dos fins e dos bens, interesses ou valores que pretende promover, perante outros bens, interesses e valores virtualmente competitivos; (ii) atribuem ao legislador a faculdade/dever de escolha dos *meios* que permitam superar a colisão, respeitando o instrumento de harmonização aplicável (a proibição do excesso ou outro).

3.2. Destinatários do comando de harmonização

É discutível que vigore um comando de harmonização, não escrito, com valor supra-positivo, imanente ao sistema jurídico¹³⁷¹, vinculativo para o próprio legislador constituinte. Poderia alegar-se que também este pode fixar na constituição relações

¹³⁷⁰ Pode discutir-se se o comando de harmonização é uma norma que estabelece um dever do legislador, ou uma norma que estabelece uma mera competência - poder dever -, ou ainda uma norma que estabelece uma faculdade que o legislador pode exercer ou não. À partida, parece justificar-se a ideia de *comando* que estabelece um *dever* do legislador. Não parece que perante uma colisão real ou aparente o legislador possa optar por não harmonizar os fins, princípios, bens, interesses e valores colidentes. Há uma *exigência* da própria ordem jurídica que não se coaduna com uma mera faculdade. Trata-se, portanto, de uma competência de exercício obrigatório (ou em que a vertente dever é mais marcada do que em outras em que o legislador tem liberdade de agir ou não). Sem embargo, veremos que se coloca a possibilidade de haver *autorizações* de harmonização em situações atípicas, como as que atribuem ao TC um poder para-legislativo.

¹³⁷¹ Embora haja alguma afinidade, não deve confundir-se esta hipótese de um comando de harmonização imanente ao sistema jurídico com a *reserva imanente de ponderação* de **Novais, Direitos fundamentais...**, pp. 80 ss., 139. Não é claro se a imanência é em relação a cada direito fundamental (a rejeição pelo autor das *teorias internas* ou de limites imanentes aos direitos parece afastar essa hipótese), ao conjunto dos direitos como trunfos contra a maioria, ou à própria Constituição. Desse modo não resulta líquido qual o fundamento normativo da reserva de ponderação ou da própria ponderação (salvo nos casos em que, como diz o autor, *ob. cit.*, p. 139, é explicitada no próprio texto da Constituição, quando esta autoriza expressamente uma restrição de um direito fundamental; isto é, nos casos de alguns comandos de harmonização específicos). Do mesmo modo, também existe alguma afinidade, mas não coincidência, com as "regras constitucionais de ponderação", resultantes das cláusulas de limitação de direitos, explícitas ou implícitas, de que fala **Barak, Proportionality...**, p. 347.

de precedência, ou relações de coordenação necessária, entre princípios ou bens, interesses ou valores, aportados pela própria ideia de Direito que enforma a elaboração da constituição. Sem embargo, não parece que se possa dizer que o legislador constituinte está sujeito a tal *vinculação*, em sentido jurídico. As ponderações por ele efetuadas resultarão normalmente de um poder *originário* e não sujeito a esse tipo de vinculação.

Como quer que seja, só raramente o legislador constituinte toma no texto fundamental decisões sobre relações de precedência ou de coordenação entre os princípios e os bens, interesses ou valores por eles tutelados. Essa função é deixada para o legislador ordinário ou para outras entidades competentes para a interpretação e execução das normas. Por conseguinte, estes são os principais destinatários do comando de harmonização.

3.3. Modo de positivação do comando de harmonização

O modo de positivação do comando de harmonização pode variar, de acordo com uma “estratégia” mais ou menos explícita do legislador constituinte.

Numa primeira aproximação, o comando de harmonização pode ser simplesmente *imanente* à constituição, dela decorrer *implicitamente* ou ainda resultar de uma intuição pré-jurídica básica¹³⁷².

Nos EUA, a Constituição não o consagra, nem se conhece doutrina ou jurisprudência que a ele - ou a figura afim - se refiram. Sem embargo, apesar de os direitos constitucionais estarem habitualmente consagrados sem reservas ou previsão de interferências, o legislador procede quotidianamente à harmonização daqueles direitos com interesses públicos e as normas que materializam essa harmonização só numa reduzida percentagem são julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal¹³⁷³. Qual o fundamento para a validade da harmonização pelo legislador e para a aceitação judicial dessa validade senão um qualquer instrumento com

¹³⁷² Koch, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...*, p. 157; Jansen, «Los fundamentos...», p. 66.

¹³⁷³ Sobre a harmonização através de *balancing* ou dos três níveis de escrutínio como técnicas de justificação da limitação de direitos constitucionais nos EUA v. *supra*, capítulo 3.

energia normativa própria, chame-se-lhe comando de harmonização ou outra coisa¹³⁷⁴?

Diferentemente se passam as coisas noutros ordenamentos. Pelo presente trabalho transitam diversos exemplos de comandos de harmonização *explícitos*: artigo 29.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem; artigo 4.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais; Artigo XXVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; artigo 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; Parte I, n.º 1, da Carta dos Direitos e Liberdades do Canadá; artigo 31.º, n.º 3, da Constituição polaca; artigo 8.º da Lei Básica de Israel; Dignidade Humana e Liberdade; Capítulo 2, seção 36, da Constituição da África do Sul; seção 5 da Carta dos Direitos da Nova Zelândia; *Human Rights Act 2004* (Australian Capital Territory), seção 28 (1); *Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006* (Victoria, Austrália), seção 7 (2). Este elenco poderia ser complementado com outros exemplos.

Por seu turno, a Constituição portuguesa contribui com numerosos exemplos de comandos de harmonização *explícitos*. Por exemplo, encontramos-los nos artigos 18.º, n.º 2, 19.º, n.º 4, 64.º, n.º 2, a), 266.º, n.º 2, 272.º, n.º 2. O artigo 282.º, n.º 4, fornece um exemplo que merece tratamento específico. Mas também há casos que resultam apenas implicitamente.

A análise destes preceitos permitirá perceber a falta de homogeneidade estrutural daqueles comandos, não obstante a uniformidade da sua intenção geral de harmonização.

3.4. Os comandos de harmonização na Constituição portuguesa

3.4.1. O comando de harmonização genérico do artigo 18.º, n.º 2

Um dos casos mais notórios, senão o mais notório, é o do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, no segmento que estatui que as restrições de direitos, liberdades e

¹³⁷⁴ Não basta, porém, falar simplesmente de um princípio de não absolutismo das normas de direitos (a que o Supremo Tribunal se refere ocasionalmente), uma vez que o não absolutismo é um pressuposto mas não é uma condição suficiente para a harmonização (designadamente, através de *balancing*: Aleinikoff, «Constitutional Law...», p. 995).

garantias devem “*limitar-se ao necessário* para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Uma versão mais completa deste enunciado poderia exprimir-se do modo seguinte:

“quando haja uma colisão entre direitos, liberdades e garantias e outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, qualquer ato legislativo que interfira nos primeiros, para salvaguardar os segundos, deve procurar uma harmonização das normas e dos bens, interesses ou valores colidentes”.

O enunciado do artigo 18.º, n.º 2, tanto abarca situações em que o legislador está ensanduichado entre dois deveres constitucionais *prima facie*, um de comportamento positivo de proteção de direitos, outro de comportamento negativo de omissão de interferências em direitos, como situações em que o legislador tem o dever *prima facie* de omissão da interferência em direitos e a permissão *prima facie* de prosseguir interesses públicos constitucionalmente autorizados ou não proibidos. Em ambos os casos, o legislador está constitucionalmente obrigado a harmonizar, empregando o instrumento de harmonização apropriado. É simplesmente esse o sentido do artigo 18.º, n.º 2, dirigido ao legislador: “harmonize”.

Neste caso, o comando de harmonização em que se traduz esta norma constitucional (artigo 18.º, n.º 2) *não define* ou *escolhe* o específico instrumento mediador que deve ser empregue na concreta operação de harmonização. A determinação desse instrumento pode variar em função dos critérios expostos em alguns dos capítulos que se seguem¹³⁷⁵.

Por isso, *não é exato* afirmar-se – como muitas vezes o fazem a jurisprudência¹³⁷⁶ e expoentes da doutrina nacionais¹³⁷⁷ – que aquela norma constitucional acolhe

¹³⁷⁵ Capítulos 12 e 13.

¹³⁷⁶ V., por exemplo, acórdão 187/01 do Tribunal Constitucional.

¹³⁷⁷ E até alguma doutrina estrangeira que se pronuncia sobre o artigo 18.º, n.º 2: v. **Beilfuss, *El Principio...***, p. 22 e **Ruiz/ de la Torre Martinez**, «Algunas aplicaciones e implicaciones...», pp. 31-32. Na doutrina nacional, cfr., já assim, **Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada***, 2.ª ed. (1984), p. 170; **Andrade, *Os Direitos...***, 2.ª ed., p. 296; **Lúcia Amaral, *Responsabilidade...***, p. 340; **Novais, *Os princípios...***, pp. 161-162; **Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral***, tomo I, 2.ª ed., p. 211; **Alexandrino, *Direitos...***, p. 135; **Morais, *Curso...***, II, 2, pp. 474, 681. Nós próprios não o refutámos em trabalhos anteriores. Esta inclinação jurisprudencial e doutrinária tem a seu favor a consonância com o que se passa no âmbito da CEDH e da jurisprudência do TEDH. Aquela usa profusamente a expressão “necessário” (“necessário... numa sociedade democrática”) quando se trata de estabelecer requisitos

ou consagra (e muito menos define) qualquer instrumento desse tipo, designadamente a proporcionalidade clássica ou a proibição do excesso. O que o preceito constitucional se limita a fazer, através do inciso “limitar-se ao necessário”, dirigido ao legislador, é indicar que nessa situação dilemática deve proceder a uma operação de harmonização¹³⁷⁸. Não obstante tratar-se de um comando com abertura significativa, o destinatário (neste caso, o legislador) não pode deixar de o seguir, é de aplicação “tudo ou nada”: verificada a *previsão* de uma “colisão entre direitos, liberdades e garantias e outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” e a necessidade de emissão de um “ato legislativo que interfira nos primeiros para salvaguardar os segundos”, segue-se imediatamente a *consequência* “dever de procurar uma harmonização das normas e dos bens, interesses ou valores colidentes”.

A significativa abertura desta norma constitucional, traduzida no simples estabelecimento de um dever de harmonização, tem uma explicação: tendo em conta a diversidade de colisões normativas potencialmente cobertas pela previsão do artigo 18.º, n.º 2, seria difícil ao legislador constituinte ir mais longe. Como se verá no momento próprio¹³⁷⁹, há vários tipos de colisões normativas e vários tipos de posições em que o legislador ordinário se pode encontrar perante elas. Consoante a concreta configuração dessas colisões normativas e a posição do legislador ordinário, assim será aplicável um ou outro dos vários instrumentos de mediação de harmonização legislativa. Regular em preceitos constitucionais a complexa rede de possibilidades cuja explanação plena exigirá muitas dezenas de páginas nesta dissertação não seria uma opção praticável.

para interferências em direitos nela consagrados: cfr. artigos 2.º, § 2, 5.º, § 1, c, 6.º, § 1, 8.º, § 2, 9.º, § 2, 10.º, § 2, 11.º, § 2; v., também, o artigo 1.º, n.º 2, do Protocolo n.º 1, artigo 2.º, § 3.º do Protocolo n.º 4 e artigo 5.º do Protocolo n.º 7. Essa expressão tem sido uma das bases normativas em que o TEDH tem ancorado a aplicação do princípio da proporcionalidade (assim, logo em *Handyside v. the United Kingdom*, de 1976). Sobre isso, **Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality*...**, pp. 193 ss.

¹³⁷⁸ Esta afirmação ganha força quando cotejamos o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição portuguesa, com o artigo 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Não podendo deixar de se registar as flagrantes semelhanças entre ambos, há uma diferença relevante: o preceito da Carta refere expressamente o princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo que estabelece que as restrições têm de ser *necessárias* para satisfazer determinados interesses. Isto é, a referência à necessidade de satisfação de certos interesses não é uma tradução do princípio da proporcionalidade. Se o fosse, o artigo 52.º, n.º 1, conteria uma flagrante redundância. Todavia, essa redundância não ocorre: o preceito da carta encerra, simultaneamente, um comando de harmonização e uma obrigação de observância da proporcionalidade. Em contrapartida, o preceito português encerra apenas um comando de harmonização.

¹³⁷⁹ Capítulos 12 e 13.

3.4.2. Os comandos de harmonização com indicação do instrumento de harmonização dos artigos 19.º, n.º 4 e 266.º, n.º 2

Sem embargo, pode haver situações em que não está em causa um universo inextricável de colisões normativas, como o coberto pelo artigo 18.º, n.º 2, mas antes uma colisão normativa com contornos mais precisos sobre o tipo de bens, interesses ou valores que entram em colisão e sobre a posição que o legislador deve ou pode assumir perante tal colisão.

Nesses casos, a Constituição pode limitar-se a comandar a harmonização ou ir mais longe, indicando o próprio instrumento de harmonização a ser usado. Os artigos 19.º, n.º 4 e 266.º, n.º 2, são casos paradigmáticos da segunda opção.

3.4.2.1. Artigo 19.º, n.º 4

O artigo 19.º, n.º 4, respeita à opção pela declaração do estado de sítio ou de emergência e à respetiva declaração e execução. A colisão normativa subjacente pode ser delimitada com alguma segurança: trata-se, no essencial, da colisão entre o interesse coletivo do *pronto restabelecimento da normalidade constitucional* e o exercício de alguns direitos, liberdades e garantias. A colisão de posições jurídicas das autoridades políticas (do "legislador da exceção", desde logo) e administrativas perante essa colisão também se define com clareza: estão *autorizadas* a tomar as medidas (designadamente normativas) necessárias para satisfazer o interesse coletivo do *pronto restabelecimento da normalidade constitucional*, não deixando de estar sujeitas ao *dever de abstenção* de interferências em cada um dos direitos, liberdades e garantias. Na resolução dessa colisão, através da opção, declaração e execução do estado de sítio ou de emergência, as referidas autoridades podem atribuir prevalência à satisfação daquele interesse coletivo, embora não o possam fazer com excesso. Nessa situação, o legislador constituinte não se limitou a ordenar a harmonização: determinou que esta deve "respeitar o princípio da proporcionalidade". Isto é, indicou qual o instrumento de harmonização que deve

ser usado. A Constituição portuguesa é um dos textos constitucionais que mais inequivocamente indica que esse instrumento é a proporcionalidade clássica ou a proibição do excesso.

3.4.2.2. Artigo 266.º, n.º 2

Embora não se refira à atividade legislativa, vale explicação semelhante para o artigo 266.º, n.º 2. Tendo em conta o objeto do preceito, sabe-se qual o tipo de colisões normativas subjacentes: as colisões entre os interesses públicos e as posições jurídicas subjetivas dos particulares (v. artigo 266.º, n.º 1). Claras são as posições do órgão administrativo perante os bens, interesses ou valores colidentes: vinculado a servir e a dar prevalência ao interesse público, mas com o dever de respeitar os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Também aqui o legislador constituinte entendeu que poderia ir um pouco mais longe do que um simples comando de harmonização dos bens, interesses ou valores colidentes e das posições jurídicas contraditórias do órgão administrativo: indicou desde logo que os órgãos e agentes administrativos devem respeitar, no exercício das suas funções, quando munidos de poderes discricionários, o princípio da proporcionalidade¹³⁸⁰.

3.4.3. O comando de harmonização com indicação implícita do instrumento de harmonização do artigo 272.º, n.º 2

Do que se escreveu nos parágrafos anteriores não se deve inferir que existe um padrão uniforme. Vejamos o que sucede com o artigo 272.º, n.º 2, sobre medidas de polícia. Estas são por definição produzidas com vista a enfrentar colisões entre bens, interesses ou valores de natureza coletiva (embora eventualmente subjetivados) e situações jurídicas subjetivas dos seus destinatários. Também aqui, o órgão administrativo (autoridade de polícia) está autorizado a dar prevalência ao

¹³⁸⁰ Não cabe neste estudo esclarecer se este princípio da proporcionalidade, aplicável no âmbito das relações jurídico-administrativas, é o (*mesmo*) princípio da proporcionalidade que se aplica na atividade legislativa e respetivo controlo.

interesse público, mas deve ter em conta as situações jurídicas subjetivas dos particulares. Perante a nitidez da colisão normativa típica, o legislador constituinte poderia ter ido além de um comando de harmonização entre esses bens, interesses ou valores colidentes. Porém, não o fez: limitou-se a determinar que as medidas de polícia não devem “ser utilizadas além do estritamente necessário”. Isto é, estabeleceu um comando de harmonização, mas declinou especificar qual o instrumento de mediação de harmonização aplicável. Não seguiu a via trilhada no artigo 266.º, n.º 2 (embora a tendência geral da doutrina seja para considerar, que o artigo 272.º, n.º 2, consagra implicitamente o princípio da proporcionalidade, talvez com melhores razões do que em relação ao artigo 18.º, n.º 2¹³⁸¹).

3.4.4. Comando de harmonização apenas implícito

Há outras formas mais elípticas de se exprimir um comando de harmonização. Ao invés das evidenciadas até aqui, a própria norma pode não conter, mas *indiciar*, a vigência de um comando de harmonização, que lhe é exterior, a ser observado em situações de colisão.

É o que sucede em geral com os enunciados que utilizam as expressões “em princípio” ou “por princípio” (não se confunda com um enunciado que se autodenomina “princípio”, ou que é desse modo denominado por outro ou pela doutrina). Essa opção semântica indicará que a colisão entre os bens, interesses ou valores tutelados pela norma e outros bens, interesses ou valores, tutelados por outra norma, terá de ser solucionada mediante uma operação de harmonização. Se uma norma estatuir que “em princípio, os alunos com melhor nota final terão direito a um prémio de mérito” e outra estatuir que “em princípio, não deve haver prémios de mérito”, é claro que mesmo não havendo nenhum comando de harmonização expreso, a própria textura da norma impõe ao aplicador do direito a realização de

¹³⁸¹ Tendo em conta a raiz histórica do preceito e partindo de certos pressupostos (designadamente, sobre a natureza e significado das medidas de polícia), parece inequívoca a aplicabilidade da proporcionalidade clássica ou da proibição do excesso e não de outro instrumento mediador. Sobre aplicação da proibição do excesso às medidas de polícia, pronunciámo-nos mais desenvolvidamente em várias ocasiões. V., ultimamente, **Canas**, «Os limites gerais da atividade de polícia», *cit.*

uma operação de harmonização com vista à definição de um critério de decisão que resolva a colisão.

Num exemplo mais familiar ao Direito Constitucional, se uma norma confere um direito, a que corresponde um dever positivo do legislador - por exemplo, um direito social -, que colide com interesses que o legislador está autorizado a prosseguir, vigora necessariamente um comando de harmonização de que decorre o dever de recurso ao instrumento de harmonização aplicável.

3.4.5. Comando de harmonização e conceitos indeterminados

Complexas são as situações em que o enunciado da disposição constitucional emprega conceitos indeterminados, na sua previsão ou na sua estatuição. Nessas circunstâncias há que verificar quando é que esse emprego é, afinal, um indício da exigência de uma operação de harmonização de bens, interesses e valores por parte do intérprete/aplicador.

Os conceitos indeterminados são de vários tipos, podendo a sua densificação implicar uma maior ou menor liberdade conformativa do intérprete/aplicador¹³⁸².

Há conceitos indeterminados que simplesmente apelam ao respetivo preenchimento com recurso a noções técnicas, consolidadas em certas áreas do saber, que apenas terão de ser identificadas e convocadas para preencher a norma. Há outros que podem apelar ao exercício de uma verdadeira liberdade criativa ou decisória do intérprete/aplicador. E há conceitos indeterminados que revelam ou assimilam uma tensão entre vários bens, interesses ou valores potencialmente colidentes que têm de ser ponderados e harmonizados pelo intérprete/aplicador.

Assim, o artigo 64.º, n.º 2, a), da Constituição, enuncia que o direito à proteção da saúde é realizado “através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”. O preceito mostra que o legislador constituinte quis registar a tensão entre, por um lado, o bem saúde e o interesse da proteção da saúde, o interesse ou

¹³⁸² V., por exemplo, **Diogo Freitas do Amaral**, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 116 ss.; **Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos**, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, 2.ª ed., pp. 187 ss.

valor da universalidade de acesso e da generalidade dos cuidados, o valor da proteção e discriminação dos cidadãos economicamente mais carenciados, mas também, por outro lado, os interesses em alocar os recursos públicos escassos de modo equilibrado e sustentável, de dissuadir a procura injustificada das prestações do SNS e de garantir que os estabelecimentos do SNS não sejam paralisados por uma procura excedentária, por forma a disponibilizar um serviço pronto e eficaz a quem efetivamente necessita. A tensão entre estes bens, interesses ou valores e a superação de colisões que eles necessariamente desencadeiam, uma vez que uns pendem para um serviço gratuito, os outros para um serviço sujeito a mecanismos moderadores ou dissuasores, só pode ser superada através de uma operação de harmonização efetuada pelo legislador. A textura do enunciado normativo e os seus vários segmentos indiciam a vigência de um comando de harmonização.

3.5. Autorização de harmonização?

Há casos em que se pode cogitar se a constituição estabelece um *comando* de harmonização ou apenas uma *autorização* de harmonização. Veja-se por exemplo o enunciado do artigo 282.º, n.º 4, da CRP: “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.”

O juiz constitucional pode afastar efeitos típicos da declaração de inconstitucionalidade ou da ilegalidade de normas com força obrigatória geral, mas é *obrigado* a uma prévia operação de ponderação dos bens, interesses ou valores que seriam acautelados através da produção dos efeitos típicos da decisão de inconstitucionalidade ou ilegalidade e dos bens, interesses ou valores que seriam sacrificados pela produção desses efeitos típicos. Se, na sequência dessa operação de ponderação, concluir que o bem ou valor da segurança jurídica, ou razões associadas ao valor equidade ou ainda interesses públicos de excecional relevo, têm um peso que justifica a não satisfação parcial ou integral dos bens, interesses ou valores que seriam tutelados através da produção dos efeitos típicos da

inconstitucionalidade ou da ilegalidade, pode praticar uma decisão atípica (quanto aos efeitos) que harmonize os bens, interesses ou valores colidentes¹³⁸³. Se essa harmonização é realizada sob a égide da proibição do excesso ou de outra figura é o que veremos mais tarde¹³⁸⁴.

¹³⁸³ V. os nossos *Introdução...*, 2.^a ed., pp. 195 ss. e, especialmente, «Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional...», *cit.*

¹³⁸⁴ V. *infra*, capítulo 21, 3.5.2.1.

Sete

OS PRESSUPOSTOS DA APLICABILIDADE DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO EM GERAL

A elaboração sobre os pressupostos de aplicabilidade da proibição do excesso começa necessariamente com uma prevenção: a aplicação/cumprimento do princípio pelo legislador tem momentos em que a tendência é para a indistinção dos vários pressupostos e dos vários segmentos e momentos em que há condições propícias à sua individualização. O procedimento de produção de normas inicia-se por uma fase preliminar de formação da vontade política, de ensaio de alternativas e de projeção dessas normas a um nível técnico-político onde o parâmetro da proibição do excesso já tem de ser tido em consideração, mas onde funciona de forma condensada e geralmente difusa. Nessa etapa pode apenas ficcionar-se a segmentação. A situação pode alterar-se a partir do momento em que um projeto de norma assume a condição de iniciativa legislativa e um órgão com competência para tal é chamado a decidir sobre a sua aprovação. Porém, como notámos no início, na maioria dos ordenamentos constitucionais, incluindo o português, mesmo nessa etapa o estágio atual ainda é de reduzida ou inexistente formalização da proibição do excesso no âmbito do procedimento de formação da vontade legislativa. Mas isso não obsta à explicitação do sentido normativo dos comandos que o legislador tem de respeitar, mesmo que a *forma* como ele cumpre esses comandos resista ao enclausuramento numa lógica sequencial e externamente observável.

Diversamente, no ambiente do controlo judicial, a tendência é para que este se materialize através de um processo jurisdicional - ou com a aparência de jurisdicional -, que se estrutura e desenvolve em fases e trâmites processuais definidos. Aquilo que no contexto do procedimento de decisão legislativa pode não

passar de uma mera referência difusa pode adquirir, no contexto de um processo de controlo ou fiscalização de normas, recorte preciso.

No procedimento de decisão legislativa pode ser difícil ou inviável identificar, no *iter* que conduz à produção das normas, um momento preciso em que o legislador delimita a finalidade que pretende prosseguir ou afere a adequação, a necessidade ou a proporcionalidade e.s.e. das alternativas e da opção preferida. Já no processo de fiscalização é possível desenhar uma tramitação processual em que o órgão de fiscalização aprecia sucessiva e individualizadamente, primeiro, a operação intelectual através da qual o legislador definiu uma finalidade e decidiu o sacrifício de certos bens, interesses e valores e, depois, a observância de cada um dos segmentos da proibição do excesso. Mesmo quando o controlo do ato legislativo não é realizado por uma instância judicial do tipo tribunal constitucional (sendo efetuado, por hipótese, por um qualquer tribunal ordinário, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade), esta segmentação do processo de decisão legislativo para efeitos de aferição da validade constitucional da norma é plausível. É possível que nem todas as aplicações de instrumentos de mediação e de controlo de comportamentos face a colisões normativas pressuponham que esteja em causa um ato criador de direito ou o respetivo controlo. Mas, antecipando aqui, por conveniência expositiva, algo que ficará mais nítido em capítulos subsequentes, pode dizer-se que a aplicação da proibição do excesso pressupõe efetivamente a construção ou o controlo de um *ato* que vise a *criação*, ou *tenha criado*, direito através da produção de efeitos jurídicos de harmonização¹³⁸⁵.

¹³⁸⁵ Não se ignora que quando se convoca a clássica distinção entre *criação* e *aplicação* do Direito se pisam areias movediças. A questão de saber se é possível *haver aplicação* da constituição, *sem haver criação*, está, por exemplo, na base de uma das mais antigas, apaixonadas e inconclusivas querelas doutrinárias nos EUA, opondo os interpretativistas, textualistas, construcionistas estritos ou literalistas de um lado e os não interpretativistas, suplementadores (*supplementers*, **Grey**), não textualistas, do outro. A dimensão da disputa e a sua persistência no ambiente norte americano, resultante da importância e peso da *judicial review* na interpretação e aplicação de uma Constituição com mais de 200 anos, justificam o destaque para quem queira aprofundar o tema. Os interpretativistas sustentam, *grosso modo*, que os juizes se devem limitar a procurar na Constituição a resposta para os casos, devendo abster-se de qualquer atividade de *criação de soluções jurídicas* não diretamente resultantes do texto constitucional. Nesta perspetiva, aos juizes estaria reservada exclusivamente a tarefa de *aplicação* do direito, sendo a *criação* tarefa dos *framers* ou do legislador democraticamente legitimado. Ao invés, para os não interpretativistas, *grosso modo*, a decisão judicial não pode deixar de ir - e deve ir - além do texto da Constituição (ou da lei): pode ou deve complementá-la com outros padrões não estritamente resultantes da norma jurídica. A maioria dos autores parece contudo inclinar-se para orientações mais sofisticadas ou menos "tudo ou nada". Para um balanço atualizado das contribuições principais, v. **Gerhardt/ Rowe, Jr., Constitutional Theory...**, pp. 39 e ss. Para maior desenvolvimento: **John Hart Ely, Democracy and distrust...**, *cit.*;

A produção ou sindicância de atos que não criam direito através da produção de efeitos jurídicos não está sujeita à aplicação da proibição do excesso. O princípio da proibição do excesso não é aplicável a meras exteriorizações com intuitos ou efeitos estritamente políticos, mesmo que produzidas pelo órgão legislativo¹³⁸⁶. Os únicos atos do órgão legislativo a que se aplica o princípio da proibição do excesso são os atos legislativos e as disposições normativas que os integram.

A distinção entre a proibição do excesso como norma de ação e como norma de controlo suscita outra advertência: embora haja uma grande zona de coincidência dos pressupostos de aplicabilidade num e noutro caso, há também algumas discrepâncias resultantes do facto saliente de no primeiro caso se colocar a questão da aplicabilidade da proibição do excesso a um ato *in fieri*, enquanto no segundo se coloca essa questão a propósito de um ato legislativo já formado, com uma finalidade definida e um conteúdo inalterável (*rectius*, alterável apenas mediante a abertura de novo procedimento legislativo).

Primacialmente, compete ao órgão de controlo interpretar o quadro normativo e o ato, verificar o preenchimento dos pressupostos de aplicabilidade, designadamente o pressuposto da legitimidade do fim, podendo no limite declarar a sua ilegitimidade – e, por essa via, a ilegitimidade da medida legislativa –, mas não lhe compete definir *outro* fim. Identificado o fim e confirmada a sua legitimidade, o

Paul Brest, «The misconceived quest for the original understanding», in *Boston University Law Review*, vol. 60 (1980), pp. 204 ss.; **Thomas Grey**, «The Constitution as Scripture», in *Stanford Law Review*, vol. 37 (1984), pp. 1 ss.; **Frederick Schauer**, «Easy Cases», in *Southern California law review*, vol. 58 (1985), pp. 399 ss.; **Mark V. Tushnet**, *Red, White, and Blue: a critical analyses of constitutional law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1988. E, na verdade, quando se fala de "criação de direito" não se deve ignorar que a produção/realização do direito implica a impercetível *conjugação* de momentos de criação e de momentos de aplicação: cfr., por todos, **Castanheira Neves**, *Metodologia Jurídica...*, pp. 17 e 25 ss. A referência, no texto, à criação em contraponto com a aplicação do Direito, é feita por facilidade de exposição, expressando simplesmente a circunstância de haver atos em que a vertente de criação sobreleva a vertente de aplicação e vice-versa.

¹³⁸⁶ É o caso das resoluções aprovadas na AR contendo recomendações dirigidas ao Governo ou proclamações políticas. Pela mesma ordem de ideias, também não estão sujeitas ao princípio da proibição do excesso outros pronunciamentos ou atos de outros órgãos políticos, como, por exemplo, as mensagens, críticas, observações, advertências, sugestões do Presidente da República endereçadas ao Governo, na medida em que não configuram a criação de qualquer nova situação jurídica que se possa abranger num conceito de *criação de direito*, mesmo em sentido latíssimo. Consequentemente, a "regra de proporcionalidade" que **Canotilho/Moreira**, *Os poderes...*, p. 77, dizem dever pautar as advertências e críticas do Presidente da República ao Governo não se deve confundir com o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade objeto deste trabalho. É, diversamente, uma manifestação da ideia de "temperança" ou de "moderação política" conatural à diretiva de solidariedade institucional subjacente à coexistência entre aqueles órgãos de soberania. Trata-se, assim, de um parâmetro estritamente político e não jurídico.

órgão de controlo aprecia as normas que compõem a medida legislativa adotada, particularmente à luz do crivo dos vários segmentos do princípio da proibição do excesso.

Na exposição imediatamente subsequente, são focados os pressupostos de aplicabilidade da proibição do excesso como norma de ação. A apreciação dos pressupostos de aplicabilidade como norma de controlo requer adaptações que serão enunciadas noutra local¹³⁸⁷.

Pressuposto de aplicabilidade da proibição do excesso, é que o legislador conforme um fim para a norma. Nessa conformação tem de respeitar limites externos, entre os quais a determinabilidade, consistência e validade do fim, bem como o peso ou importância abstrata dos bens, interesses ou valores em causa, trate-se de fins imediatos de legítima satisfação de bens, interesses ou valores ou de fins mediatos, de superação de colisões sob a égide de um comando de harmonização. A determinabilidade, consistência e validade do fim é estudada sob a epígrafe genérica de *legitimidade do fim*. A observância dos limites externos está sujeita a controlo do juiz constitucional. Ao invés, não estão dependentes de controlo judicial os limites internos à conformação do fim, na medida em que são constitutivos desta e resultam do exercício da própria liberdade conformativa.

Pressuposto de aplicabilidade da proibição do excesso é ainda que a prossecução do fim legítimo se faça à custa da interferência em bens, interesses ou valores devidamente individuados no momento da conformação do fim e que essa interferência não envolva diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais sobre direitos, nem se materialize através do uso de um meio proibido.

Nem todas as colisões normativas, de bens, interesses ou valores e de posições do legislador perante essas colisões, suscitam a aplicabilidade do princípio da proibição do excesso. Algumas dessas colisões requerem antes a aplicabilidade de outros instrumentos mediadores de harmonização, pelo que é necessário delimitar quais as que apelam à aplicação da proibição do excesso.

Estudaremos nos próximos capítulos os seguintes pressupostos de aplicabilidade da proibição do excesso (e, em alguns casos, dos demais instrumentos mediadores de

¹³⁸⁷ *Infra*, capítulo 19.

harmonização): (i) conformação do fim legítimo da norma legislativa; (ii) interferência em bens, interesses ou valores; (iii) não diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias; (iv) emprego de meios não absolutamente proibidos; (v) específicas colisões de normas constitucionais e de bens, interesses ou valores; (vi) específicas colisões de modos deônticos que regem a conduta do legislador.

A verificação dos pressupostos da aplicação do princípio da proibição do excesso está umbilicalmente ligada a esta aplicação, mas constitui um momento exterior à aplicação e ao controlo da aplicação do princípio. Não se trata de uma etapa preliminar desse controlo, mas de um momento exterior a tal controlo, ainda que dele incidível¹³⁸⁸.

¹³⁸⁸ Diferentemente, **Novais, *As restrições...***; p. 738, referindo-se à avaliação da legitimidade dos fins prosseguidos pelo ato sujeito à proibição do excesso.

Oito

CONFORMAÇÃO DO FIM

1. A conformação do fim como pressuposto de aplicação da proibição do excesso

1.1. Conformação do fim: pressuposto e não segmento

O *momento da conformação do fim* é aquele em que o legislador, no uso da significativa liberdade¹³⁸⁹ que o ordenamento constitucional a que estiver adstrito

¹³⁸⁹ *Significativa liberdade* quer dizer que nem é liberdade plena, nem é uma liberdade limitada por conceitos como o de discricionariedade legislativa.

Por um lado, se alguma vez a teve, perdeu hoje qualquer viabilidade a tese de que "das três funções do Estado a única livre é a do legislador. Só o legislador goza, dentro do ordenamento jurídico, duma desvinculação absoluta. Os únicos limites que se lhe põem não têm natureza jurídica." (**Rogério Soares, Interesse público...**, p. 100).

Mas, por outro lado, não se pode substituir a ideia de desvinculação absoluta pela tese da liberdade de conformação como *discricionariedade legislativa*. Para um relato policromático da discussão sobre a aplicabilidade da categoria da discricionariedade no âmbito da legislação, veja-se **Canotilho, Constituição dirigente...**, pp. 216 ss. O autor recusa a extensão da discricionariedade *administrativa* para o campo da relação entre legislador e constituição, quer se entenda que a discricionariedade permite apenas a escolha entre resultados jurídicos alternativos previstos na norma habilitante da opção discricionária (p. 231), quer se aceite que a discricionariedade pode abranger a própria complementação dos pressupostos de facto da prática de um ato (p. 235). Mas, apesar de uma parcial profissão de fé nas substanciais diferenças entre o plano legislativo e o administrativo ao nível "teorético-normativo" e "teorético político" e até de uma desvalorização da querela "conceitual" entre discricionariedade e liberdade de conformação (cfr. p. 252), o autor acaba por seguir uma via que, sem implicar uma resposta clara à pergunta "qual a diferença entre discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa?", por ele próprio formulada em mais que um trecho do trabalho (v., por exemplo, p. 248), passa pelo recurso ao conceito de discricionariedade *legislativa* no ambiente da constituição dirigente (pp. 263 e ss.), isto é, "*quando, no âmbito das imposições constitucionais, o legislador, na eleição das determinantes autónomas (factores a ponderar segundo critérios de valoração própria), não obedece ao conteúdo material das determinantes heterónomas*" (p. 264; itálico no original). Por conseguinte, o conceito de discricionariedade legislativa teria o seu campo próprio naqueles casos em que a vinculação positiva do legislador à constituição atinge um grau "muito acima de zero", como sucede no âmbito da restrição de direitos, liberdades e garantias e em outros casos de vinculação positiva (que não resultam inteiramente claros da exposição e do esquema apresentado na p. 256).

lhe confere¹³⁹⁰, procede ao prognóstico e delimitação dos efeitos e situação materiais que pretende atingir através da medida legislativa¹³⁹¹.

A conformação do fim envolve, além do mais, a definição da importância e intensidade dos efeitos materiais de satisfação dos bens, interesses ou valores que o legislador pretende promover através da norma legislativa e a sua relação *prima facie* com os bens, interesses ou valores que antevê indiciariamente que serão objeto de interferência¹³⁹².

Quando se fala de *momento* não é forçoso que seja no sentido de momento *real*, espaço-temporalmente delimitado. Se quiséssemos definir um momento no sentido espaço-temporal, teríamos de o distribuir por vários episódios. Começaria num momento inicial, de decisão e impulso por um responsável político ou da Administração (membro do Governo, Deputado, alto dirigente da Administração

Ponderadas todas as dificuldades em traçar os contornos exatos da discricionariedade legislativa, supomos que o objetivo perseguido pelo autor, isto é, a explicitação de que o novo paradigma da constituição dirigente pressupõe uma relação entre constituição e lei mais matizada e muito mais profunda do que a sugerida pela tradicional ideia da "constituição como mero limite", poderá ser atingido por uma mera adaptação gradativa do conceito "liberdade de conformação do legislador", deixando a noção de discricionariedade tranquila no terreno onde germinou, ou seja, no terreno da relação entre lei e atividade administrativa. O conceito de discricionariedade legislativa adquiriria algum préstimo no âmbito, não de uma constituição dirigente, mas de uma "constituição dirigista" que caísse no excesso de *definir reiterada e sistematicamente fins concretos* que um legislador concreto, isto é, historicamente identificado, não pudesse deixar de realizar.

¹³⁹⁰ O grau de liberdade pode sofrer limitações, por exemplo, em situações, como a do quadro jusconstitucional da União Europeia, em que o legislador está sujeito ao princípio da atribuição. Nesses casos, não desaparece a liberdade de conformação (Šušnjar, *Proportionality*, p. 318), mas também, não tem a extensão da que beneficia o legislador nacional.

¹³⁹¹ A forma como uma constituição *prima facie* delimita os fins que o legislador pode eleger para a sua produção legiferante é altamente complexa, não se podendo ir mais longe no seu desenvolvimento do que se vai no texto. Alguns dos expedientes técnicos usados para salvaguardar a liberdade de conformação dos fins pelo legislador são os seguintes: (i) a constituição define fins muito gerais, cuja concretização só pode ser conseguida através da seleção de fins intermédios não indicados pela constituição (defesa da independência nacional, por exemplo); (ii) a constituição define alguns fins imediatamente vinculativos e compatíveis entre si, mas admite uma espécie de "reserva do possível" (Canotilho), isto é, a possibilidade de hierarquizar a sua prossecução de acordo com as disponibilidades e as opções político-económico-sociais (habitação para todos versus saúde para todos); (iii) a constituição abre um espaço de conformação à opção política do momento, definindo um certo conjunto de fins, mas assumindo desde o início que esses fins não são *politicamente* cumulativos, pelo que não serão simultaneamente prosseguidos (publicização dos principais sectores produtivos e desenvolvimento do sector privado da economia); (iv) a constituição aceita a eleição legislativa de fins não definidos nela, funcionando apenas como limite *negativo* à escolha desses fins.

¹³⁹² Alexy, nas versões em inglês de vários dos seus ensaios (por exemplo, *A Theory...*, p. 395; «On Constitutional Rights...», *cit.*, pp. 15 ss.), alude a *end-setting* (e *end-setting discretion*), que pode traduzir-se como liberdade de "fixação" ou "estabelecimento" do fim. Preferimos a expressão *conformação* do fim porque, além do mais, expressa a orientação, que defendemos, de que nesta fase está em causa mais do que uma simples fixação do fim, tal como está em jogo muito mais do que a simples definição ou controlo da *legitimidade* ou *validade* do fim.

Pública, etc.), passaria transversalmente pela fase mais ou menos difusa e inorgânica de redação de um anteprojeto/projeto, pela fase de adoção e formalização de uma iniciativa legislativa e finalmente ainda teria certamente manifestações no decurso da fase decisória, quando um órgão com poder legislativo debate e aprova o projeto. Sendo processos de deliberação prática dinâmicos, pode suceder que se comece por um fim com um elevado grau de abstração, realizando-se depois uma operação de gradual especificação e correção. Pelo caminho podem agregar-se novos fins. Não raramente, especificam-se fins intermédios com vista a prosseguir fins mais remotos¹³⁹³. Isso complexifica a delimitação do fim no contexto do processo de decisão legislativa, mas não obsta a que se possa isolar a fase de conformação do fim como um *momento lógico* desse processo.

Já vimos que um setor importante da doutrina propende a tratar o fim (normalmente acompanhado do adjetivo "legítimo") como elemento estrutural da proibição do excesso¹³⁹⁴. Outras correntes veem no fim uma componente do segmento da adequação¹³⁹⁵. Todavia, o fim ou a prossecução de um fim constitucionalmente *legítimo* é um *pressuposto* de aplicabilidade e não um segmento do princípio da proibição do excesso¹³⁹⁶. Tal não obsta a que ele possa

¹³⁹³ Sobre isto, **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 450; **Ekins**, «Legislating...», p. 347.

¹³⁹⁴ *Supra*, introdução.

¹³⁹⁵ Por exemplo, **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 186; **Pulido**, *El principio...*, p. 694. Há até quem vá mais longe e defenda que a operação de avaliação da legitimidade ou *importância* do fim (considerado o primeiro passo da proporcionalidade clássica) substitui o segmento da proporcionalidade e.s.e. Assim, **Hogg**, *Constitutional Law of Canada*, 5.^a ed., vol. II, Scarborough: Thomson Carswell, Toronto, 2007, p. 153, sustenta que o juízo de que os efeitos de uma lei são demasiado severos supõe seguramente que o objetivo não é suficientemente importante para justificar a limitação de um direito da Carta de Direitos. Por outro lado, se o objetivo é suficientemente importante e é prosseguido pelos meios menos drásticos, então os efeitos da lei são um preço aceitável a pagar. Consequentemente, se a lei passar no primeiro crivo (definição de que o objetivo é suficientemente importante), passará necessariamente no quarto, proporcionalidade e.s.e. Conclui então que este segmento não é necessário, pois o *balancing* entre benefício e sacrifício é feito logo no contexto da componente do fim legítimo (*proper*). Como se verá, **Hogg** não se engana quando identifica uma operação de *balancing* – ou de ponderação – no momento da fixação do fim e da verificação de que lhe pode ser atribuído um peso superior aos bens, interesses e valores que serão objeto de interferência. Mas equivoca-se quando sustenta que isso permite prescindir do terceiro segmento da proporcionalidade clássica. Rebatendo a posição de **Hogg**, **Webber**, *The Negotiable...*, p. 77 (defendendo, pelo contrário, que os três primeiros segmentos funcionam apenas como filtro para a proporcionalidade e.s.e.); **Barak**, *Proportionality...*, p. 248 (mostrando que o fim pode ser legítimo, próprio ou importante – e por isso constitucionalmente sustentável –, mas a medida adotada para o atingir ser inconstitucional por violação da proporcionalidade e.s.e.).

¹³⁹⁶ V., por último, **Heusch**, *Der Grundsatz...*, p. 39. Delimitando bem a fronteira entre a apreciação da legitimidade do fim e da proporcionalidade no direito convencional (CEDH), **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 253 ss.

ser afetado por ricochete. Se um meio é declarado desproporcional e não há outra alternativa capaz de atingir o fim pretendido, este é inviabilizado *por efeito indireto* do princípio da proibição do excesso¹³⁹⁷.

1.2. Fim e meio

Nos ensaios sobre a proibição do excesso é vulgar o uso da imagem da relação meio-fim para descrever aspetos da estrutura, conteúdo ou metódica dos seus segmentos¹³⁹⁸. Por exemplo, diz-se que a adequação e a proporcionalidade e.s.e. se reportam à relação entre meio e fim e que a necessidade relaciona meios alternativos. *Grosso modo*, a proibição do excesso seria, aliás, um instrumento de aferição das relações entre meios e fins. Recorde-se que também noutras latitudes onde circulam testes com algumas semelhanças (menores do que alguma doutrina propala), como nos EUA, se fala usualmente de *standards* meio-fim¹³⁹⁹.

Antes de tomar posição sobre se essa imagem é correta, é necessário verificar se é analiticamente possível recortar com precisão a distinção entre meio e fim. A indagação sobre os fins e os meios está condicionada por uma premissa básica: não é possível, à partida, conceber um universo fechado de meios que são sempre meios e de fins que são sempre fins (*intercomunicabilidade entre meios e fins*)¹⁴⁰⁰.

O ponto de partida para distinguir meio e fim é testar a validade da seguinte afirmação: a norma legislativa é o meio que o legislador concebe e utiliza para prosseguir um fim que é necessariamente exterior à própria norma jurídica.

¹³⁹⁷ **Grabitz**, *idem*, p. 602. Só neste âmbito residual se pode compreender e aceitar a indicação de **Canotilho**, *Constituição dirigente...*, p. 198, de que a exigência da análise da relação entre meios e fins própria do controlo da proibição do excesso poria "em causa a tradicional liberdade de fins do legislador". Diferentemente, sustenta-se que a "tarefa" do princípio da proibição do excesso não é a limitação de uma eventual liberdade de escolha de fins pelo legislador, mas sim a limitação da liberdade de escolha de meios. Só indiretamente a proibição do excesso poderá ter qualquer influência ou eficácia limitativa na liberdade de escolha dos fins.

¹³⁹⁸ Entre muitos, **Gentz**, «Zur Verhältnismäßigkeit...», p. 1600; **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 513; **Barnés**, «El principio de proporcionalidad...», p. 25; **Emiliou**, *The Principle...*, p. 25; **Bonavides**, «O Princípio...», p. 276. Na doutrina portuguesa v., por exemplo, **Canotilho**, *Direito Constitucional e Teoria...*, 2.^a ed., p. 263; **Sérvulo Correia**, *Legalidade...*, p. 114; **Fernando A. Correia**, *O plano urbanístico...*, p. 443.

¹³⁹⁹ V. *supra*, capítulo 3.

¹⁴⁰⁰ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 450; **Jakobs**, «Der Grundsatz...», *cit.*, p. 97.

A norma jurídica decompõe-se em previsão e estatuição: verificadas certas circunstâncias, os respectivos destinatários estão proibidos, obrigados ou autorizados a fazer ou omitir algo. A norma jurídica é um meio na medida em que, produzindo efeitos jurídicos, através dela o legislador age sobre a ordem jurídica, modificando-a. Esses efeitos podem ser *positivos* ou *negativos* (no sentido de *favoráveis* ou *desfavoráveis*) para a prossecução de bens, interesses ou valores individualizados. Se o efeito normativo é o surgimento da obrigação de alguém suportar na sua esfera jurídica uma diminuição da liberdade, esse efeito tem cunho negativo porque diminui a liberdade. Se o efeito normativo for a autorização para alguém fazer algo que beneficie a prossecução de um interesse, esse efeito terá o cunho positivo de incrementar a sua margem de atuação juridicamente estabelecida. Portanto, a norma é o meio para alcançar um fim através dos efeitos jurídicos que produz, sendo esses efeitos positivos ou negativos. Ou, de outro ângulo, os efeitos jurídicos da norma são o meio que o legislador concebe para atingir um fim que é necessariamente exterior e diferente desses efeitos jurídicos.

A esta luz, não se pode dizer que o meio são os efeitos jurídicos negativos e o fim os efeitos jurídicos positivos da norma. Na verdade, o meio tanto são os efeitos jurídicos positivos como os negativos.

Sendo assim, como é que se descreve e define o fim da norma, isto é, como é que se distingue entre os efeitos ou as consequências jurídicas que o legislador ativou através da norma e o fim que esta visa? Não distinguiremos, por enquanto, fins mediatos e imediatos.

A melhor via para traçar a distinção assenta na dicotomia entre efeitos *jurídicos* (positivos e negativos) e efeitos ou resultados *materiais* (positivos e negativos) que o cumprimento da norma desencadeia (usando cumprimento em sentido lato, que abrange a utilização das permissões).

Numa aproximação preliminar pode-se ensaiar a seguinte afirmação: a norma e os efeitos jurídicos que produz constituem o meio, enquanto os efeitos materiais apreensíveis no mundo sensível constituem o fim que se quer atingir¹⁴⁰¹.

¹⁴⁰¹ Alguns falam, a propósito, de fim *externo*, isto é, um fim que se pode dizer ser empiricamente passível de ser causado através do acionamento de um certo meio: v., por todos, **Hirschberg, Der Grundsatz...**, p. 43; **Ávila, Teoria...**, 7ª ed., pp. 163-164.

Assim, quando a norma legislativa permite a instalação de câmaras de videovigilância, o efeito jurídico positivo é a autorização concedida às autoridades pertinentes para procederem à instalação, enquanto o efeito jurídico negativo é a sujeição de terceiros a esse poder. Quanto aos efeitos materiais resultantes da utilização dessa autorização mediante a instalação das câmaras, há os positivos - a provável diminuição do risco e da taxa de criminalidade - e há os negativos - a diminuição da liberdade e a intrusão no comportamento daqueles que podem ser observados e filmados através das câmaras.

Ora, este exemplo alerta para que não se pode afirmar, sem mais, que o fim da norma corresponde aos efeitos materiais apreensíveis no mundo sensível desencadeados ou causados pela norma. Na verdade, esses efeitos materiais tanto podem ser positivos como negativos, desejados como indesejados ou colaterais, previsíveis como imprevisíveis.

Aquela noção preliminar tem de sofrer vários ajustamentos, além de ter de se convir que há situações em que não é aplicável.

Começando por este segundo aspeto, é mister reconhecer que a noção de que os efeitos jurídicos são os meios e os efeitos materiais desencadeados ou produzidos pelo seu cumprimento são o fim não permite distinguir meio e fim em todas as circunstâncias. Há normas cuja finalidade se esgota, ou praticamente se esgota, na produção de efeitos jurídicos. Trata-se dos casos em que aos efeitos jurídicos não se segue nenhum efeito material ou tangível no mundo sensível (como, por exemplo, a revogação de uma norma caída em desuso) ou se seguem apenas efeitos materiais remotos ou meramente colaterais, porventura nem sequer queridos pelo autor da norma. Nessa eventualidade, distinguir entre meio - a norma e os seus efeitos jurídicos - e fim - os efeitos ou consequências materiais do cumprimento da norma - pode ser inviável. O meio confunde-se com o fim ou o fim esgota-se no meio, a produção de efeitos jurídicos.

Mas mesmo que não se coloque essa questão de indistinção entre meio e fim, há que enfrentar as consequências decorrentes do que designámos, alguns parágrafos atrás, por *intercomunicabilidade entre meios e fins*. Uma delas é a possibilidade de formação de uma cadeia de fins que são simultaneamente meios¹⁴⁰². Nessa

¹⁴⁰² Cfr. sobre esta hipótese, **Hirschberg**, *Grundsatz...*, pp. 165 ss.; **Barnés**, «El principio de proporcionalidad...», p. 27.

eventualidade, aquilo que parece ser o fim da norma funciona como meio para atingir um fim mais distante, mais remoto ou mais geral, mais ou menos determinável. Isto é, o atingimento de um fim de um ato é o *meio* de aproximar um fim mais geral, ou mais elevado na cadeia de fins¹⁴⁰³. Mesmo que não se possa estabelecer uma linha de vários fins determináveis ou concretos que são meio para outros fins ainda razoavelmente determináveis ou próximos, embora mais gerais, sempre será inegável que, pelo menos, os fins dos atos de autoridade do poder público são *pontos intermédios* de uma cadeia que terá na sua extremidade fins como a realização de uma ideia de Justiça, a prossecução do bem público ou a boa governação. Nesse contexto, a metódica da proibição do excesso implica que se procure determinar o fim mais próximo e não qualquer fim mais distante a que este se subordine, seja ele ainda suficientemente concreto ou seja um dos fins remotos antes mencionados¹⁴⁰⁴.

Nessa medida, não é de excluir a possibilidade de o juiz constitucional olhar *além* do fim mais próximo, considerando-o meio para atingir fins mais gerais e aplicando-lhe alguns dos segmentos da proibição do excesso.

Mas, além disso, a noção preliminar apresentada tem de sofrer algumas precisões. Primeiro, entre os efeitos materiais pode haver alguns - sejam negativos ou positivos - não desejados nem deliberadamente procurados ou até aceites (ou antecipados ou prognosticados) pelo legislador, pelo que não podem ser considerados fins *prosseguidos* por este.

Para ilustrar isso, olhemos para a norma que proíbe a publicidade ao tabaco. Os efeitos jurídicos dessa norma são, entre outros, a impossibilidade de os produtores contratarem e promoverem licitamente o consumo de tabaco, que se reconduz ao efeito negativo da interferência na liberdade de iniciativa económica daqueles e à possibilidade de as autoridades aplicarem sanções. Isto desencadeia os efeitos

¹⁴⁰³ V. neste sentido **Jackobs, *Der Grundsatz...***, p. 97. O autor parte, aliás, desta observação para criticar a definição de princípio da proibição do excesso como teste de avaliação da relação entre meios e fins. Cfr. *infra*.

¹⁴⁰⁴ A referência a tais fins remotos, seja porque outros mais imediatos não são revelados, seja porque se pretende recorrer ao fim último, pode inviabilizar a aplicação do princípio da proibição do excesso. Por isso, considera-se que é obrigação do autor do ato revelar o fim concreto, não sendo fundamento suficiente de limitações de direitos fundamentais eventuais referências a fins altamente indeterminados como "a proteção da ordem democrática" ou "a proteção da saúde pública": **Schlink, *Abwägung...***, pp. 204 ss.; como expressou radicalmente **Luhmann, *Zweckbegriff...***, p. 124, "o 'bem comum' não é um fim pensável".

materiais da dificuldade da sedução das pessoas para o consumo e, em última análise, da redução do consumo, que permite melhorar as condições de saúde pública. Acresce que a norma tem um impacto na economia nacional e atinge o próprio interesse do Estado na cobrança de impostos.

Portanto, os efeitos jurídicos da norma causam ou desencadeiam efeitos materiais que tanto são positivos como negativos segundo a perspetiva do legislador. Os efeitos negativos podem ser tolerados ou aceites (se forem sequer antecipados ou previstos), mas não se pode dizer que são *desejados* pelo legislador, pelo que não podem ser vistos como o fim, ou um dos fins, do legislador. O que se pode concluir daqui é que há efeitos ou consequências materiais da norma- os positivos ou, pelo menos, os positivos que puderem ser previstos pelo legislador - que se confundem com o fim da norma, mas também há efeitos ou consequências materiais - os negativos, ou os não visados ou não desejados - que de modo nenhum se podem considerar fim da norma. Quanto muito, poderia então afirmar-se que meio é a norma e os efeitos jurídicos que produz, enquanto *fim são os efeitos materiais ou tangíveis, mais ou menos remotos, que o legislador prognostica e deseja que se verifiquem*.

Nesta linha, fica claro que o fim é algo que tem de ser *querido* pelo legislador. E para ser querido pelo legislador não pode ser meramente colateral ou *tolerado* ou não especificamente procurado pelo legislador. Também não pode ser tido como improvável ou ser *inesperado* ou *não prognosticado*.

Mas aquela formulação ainda não passa sem crítica. Na verdade, não se pode excluir que o fim do legislador seja o desencadeamento de efeitos materiais cuja caracterização como positivos ou negativos seja discutível ou dependa do ângulo de observação: se o legislador pretende que a inserção de frases de aviso ou de imagens chocantes nos maços de tabaco surtam o efeito de atemorização dos potenciais fumadores, condicionando-os psicologicamente e sujeitando-os a censura e a pressões sociais, isso é certamente um fim da norma. Mas esse efeito material deve ser caracterizado como positivo ou como negativo? A perspetiva do legislador é a que interessa, pelo que os fins são sempre efeitos positivos na perspetiva do legislador. Deveria assim corrigir-se a formulação ultimamente ensaiada: fins são os efeitos materiais ou tangíveis, mais ou menos remotos, que o legislador prognostica, *entende como positivos* e deseja que se verifiquem.

O critério que foi tomando forma nos parágrafos anteriores não ratifica a ideia de que a proibição do excesso é um instrumento que material, estrutural e metodicamente tem por objeto a relação entre meios e fins.

Na verdade, a adequação é o único segmento da proibição do excesso a propósito do qual se pode dizer que incide sobre a relação entre o meio e o fim, entendidos no sentido acabado de expor. Aí está em causa averiguar se o conjunto de efeitos jurídicos produzidos pela norma, isto é, a imbricação de efeitos jurídicos positivos e negativos, é minimamente hábil para causar os efeitos materiais positivos desejados e visados pelo legislador. Já a necessidade não postula seguramente nenhuma análise da relação entre meio e fim, mas sim entre os efeitos jurídicos, positivos e negativos, e os efeitos materiais, positivos e negativos, ligados a cada alternativa disponível. Por seu turno, sobre a proporcionalidade e.s.e. é enganador dizer que se pretende examinar se os efeitos jurídicos, *negativos* e *positivos*, da norma (o meio) estão numa relação proporcionada ou equilibrada com os efeitos positivos materiais desejados pelo legislador (o fim). No momento próprio, quando nos pronunciarmos sobre cada um dos segmentos, voltaremos a este tema.

1.3. Fim imediato e mediato

Até aqui não tivemos em consideração a distinção entre fim *imediato* e *mediato* da norma referida em capítulos anteriores. Todavia, podemos fazê-lo. Quando observamos os efeitos jurídicos da norma produzida para harmonizar bens, interesses ou valores colidentes, podemos classificá-los em efeitos de satisfação ou de interferência em bens, interesses ou valores e efeitos de harmonização normativa. Quando olhamos para os efeitos materiais ou tangíveis, mais ou menos remotos, que o legislador prognostica, entende como positivos e deseja que se verifiquem, também podemos distinguir entre os efeitos de satisfação ou sacrifício real das possibilidades fáticas ou da liberdade inerente a bens, interesses ou valores (fim *imediato*) e efeitos de harmonização prática da fruição ou materialização de bens, interesses ou valores colidentes (fim *mediato*)¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰⁵ Com definição ligeiramente diferente, v. **Pulido, *El principio...***, pp. 719 ss.: fim imediato seria o estado de coisas fático ou jurídico que deve ser alcançado por ser ordenado por um princípio

1.4. O cariz pré-estruturante da fixação do fim

Mesmo não estando em causa simplesmente uma relação entre meios e fins, a aplicabilidade da proibição do excesso pressupõe que esteja previamente delimitado o fim da norma legislativa e que esse fim se distinga do meio¹⁴⁰⁶.

Isso significa duas coisas.

Primeiro, quando o fim não for determinável não é possível a aplicação da proibição do excesso.

Segundo, quando não for possível distinguir entre meio e fim, isto é, quando os efeitos jurídicos da norma se confundem com os fins do legislador, não havendo efeitos materiais relevantes que se possam entender como a materialização de um fim exterior aos efeitos jurídicos da norma (v. *supra*), não é possível aplicar a proibição do excesso.

Na fase da conformação do fim são pré-definidas variáveis essenciais para a aplicação da proibição do excesso pelo legislador e, posteriormente, para o controlo pelo juiz constitucional. Começam a ser delineadas algumas das variáveis (importância do fim¹⁴⁰⁷ e intensidade da satisfação visada) que pré-estruturam a aplicação do princípio da proibição do excesso, quer no tocante ao desenho do meio (os efeitos jurídicos da norma), quer no controlo desse meio.

Pôr em relevo que nesta fase se cumpre uma função de pré-estruturação ou pré-configuração da aplicação dos vários segmentos do princípio¹⁴⁰⁸ contraria a opção, muito comum, de sobrecarga de segmentos da proibição do excesso,

constitucional; fim mediato seria a prossecução do princípio constitucional. Entre o fim imediato e mediato existe uma relação de especial para geral (*ob. col.*, p. 723). Há outras formas de expressar o mesmo sentido: por exemplo, **Haverkate. Rechtsfragen...**, p. 26, distingue entre fim da conduta e fim final (*cit. por Pulido, ob. cit.*, p. 721).

¹⁴⁰⁶ **Maurer, Staatsrecht**, 1.^a ed., Beck, München, 1999 (7.^a ed. 2015), pp. 234-235; **Barnées**, «El principio de proporcionalidad...», p. 25; **Ávila, Teoría...**, 7.^a ed., p. 161.

¹⁴⁰⁷ Importância e não peso. O fim é mais ou menos importante. Um bem, interesse ou valor, esse sim, é mais ou menos importante ou tem mais ou menos peso.

¹⁴⁰⁸ Diferentemente do que sustenta **Pirker, Proportionality...**, p. 34, é nesta fase e não na fase da proporcionalidade e.s.e. que se cumpre parte da função de redução da complexidade e de delimitação dos bens, interesses e valores que são objeto de harmonização, colocando à margem aqueles que se podem considerar acessórios ou menos relevantes, de modo a melhorar a capacidade racionalizadora da proibição do excesso.

designadamente o da proporcionalidade e.s.e.¹⁴⁰⁹ Há questões, tratadas por um setor da doutrina a propósito deste segmento, que podem e devem ser tratados no contexto da conformação do fim. Não ter a consciência disto provoca dificuldades metodológicas sérias: a maioria dos autores dedica boa parte do seu esforço a ilustrar a estrutura da ponderação realizada pelo legislador ou pelo juiz constitucional em sede de proporcionalidade e.s.e., em alguns casos com fórmulas matemáticas crescentemente complexas¹⁴¹⁰, sem dar qualquer relevo à ponderação efetuada logo a propósito da conformação do fim, onde se lançam os alicerces para a aplicação da proibição do excesso. Isso implica que algumas das premissas usadas no contexto dos vários segmentos da proibição do excesso, particularmente no da proporcionalidade e.s.e., pareçam surgir “do nada”, penduradas no vazio metodológico, quando, na verdade, a sua raiz remonta às operações de conformação do fim.

1.5. Fins múltiplos

É possível que uma mesma medida vise mais do que um fim. Por exemplo, a instalação de videovigilância nos locais públicos pode visar a prevenção criminal, o auxílio à investigação criminal e o reforço do sentimento de segurança, mas também a monitorização e ordenação do tráfego viário ou dos peões e a mobilização célere de meios de socorro em caso de acidente ou catástrofe natural. A sobreposição ou coexistência (e hierarquização) de vários fins requer cuidado especial, sobretudo no contexto dos segmentos da adequação e da necessidade.

¹⁴⁰⁹ Cfr. **Réaume**, «Limitations on Constitutional Rights...», p. 11. A censura do texto pode ser dirigida, por exemplo, a **Pulido**, *El principio...*, p. 705. Mas deve rejeitar-se também a possibilidade de estabelecimento de um grau de exigência tão elevado para o fim legítimo que torne supérfluos os passos subsequentes do exame da proibição do excesso: **Pirker**, *Proportionality...*, p. 25. Por isso não se pode aderir à anteriormente criticada ideia de **Hogg**, *Constitutional Law...*, p. 153, de que a resposta à questão do fim legítimo implica simultaneamente a resposta à questão da proporcionalidade e.s.e., embora se saiba que a prática constitucional canadiana se fique normalmente pela necessidade como último passo da aplicação da proporcionalidade clássica.

¹⁴¹⁰ É o caso de **Alexy**, desde, pelo menos, a proposta da fórmula do peso (*A Theory...*, *cit.*) e dos seus seguidores, ao nível universal, que vão complexificando as suas propostas: v., por exemplo, **Pulido**, «On Alexy's Weight Formula», pp. 101-110; **Klatt / Meister**, *The Constitutional...*, pp. 34 ss.

1.6. Bens, interesses ou valores

Usamos ao longo deste trabalho a noção compósita *bens, interesses ou valores*¹⁴¹¹. Assim, quando nos referimos aos efeitos jurídicos positivos e negativos da norma, aludimos aos efeitos de satisfação e de interferência em *bens, interesses ou valores* e aos efeitos de harmonização legislativa de *bens, interesses ou valores*. Quando mencionamos o fim imediato da norma, aludimos aos efeitos materiais positivos de satisfação de *bens, interesses ou valores* que se visa atingir pelo cumprimento ou observância da norma. Quando nos referimos ao fim mediato da norma, estamos a referir-nos à harmonização da fruição ou exercício real de *bens, interesses ou valores*. Importa, por isso, estabelecer brevemente o sentido e alcance desta expressão, não obstante tratar-se de terreno movediço, na medida em que cada um dos conceitos que a compõem tende a variar de significado, quer na linguagem corrente ou não técnica, quer na linguagem técnica do direito.

Sobre tal significado, as indicações doutrinárias são díspares e fragmentárias. Sempre boa referência é o que ALEXY escreve sobre uma trilogia não totalmente coincidente, mas quase. Do seu ponto de vista, entre os componentes da trilogia valores, interesses e princípios há *identidade de conteúdo* e apenas diferença quanto ao plano em que são entendidos: os valores projetam-se no mundo axiológico, os interesses no mundo fático ou antropológico e os princípios no mundo deontológico¹⁴¹².

Seguro é que podemos dizer que bens, interesses ou valores partilham um atributo comum: são percebidos como grandezas positivas por aqueles que os fruem, titulam,

¹⁴¹¹ Em parte inspirados na doutrina alemã, que, de modo geral, emprega indiferentemente os conceitos de (ponderação de) bens, interesses ou valores: cfr. **Schlink**, *Abwägung*, p. 13; **Harald Schneider**, *Der Güterabwägung*..., p. 28; **Gavara de Cara**, *Derechos fundamentales*..., p. 286. Entre nós, não há uma linha definida (contudo, tal como no texto, v. **Alexandrino**, *Direitos*..., p. 134, nota): aludindo ao objeto da ponderação, tanto se fala de ponderação de bens, interesses ou valores, como de ponderação de bens, ponderação de interesses, ponderação de valores ou até ponderação de direitos, ponderação de princípios, ponderação de fins, sem que à diferença de terminologia se ligue aparentemente qualquer consequência jurídico-dogmática. Cfr. **Canotilho**, *Constituição dirigente*..., pp. 198 ss.; «Relações jurídicas poligonais...», pp. 58 ss. Neste último trabalho, o autor refere-se a um "princípio geral da ponderação de bens e direitos".

¹⁴¹² **Theorie**..., p. 125 (mais precisamente, os princípios são o equivalente deontológico dos valores; os princípios são expressão de dever enquanto os valores são expressão de bom); v. sobre isso, **Kumm**, «What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right...», pp. 7 ss.; **Pulido**, *El principio*..., p. 707.

encabeçam ou perfilham. Por outro lado, cada um deles denota uma dimensão do mundo juridicamente *mediatizado* (isto é, pressuposto, referenciado, qualificado, regulado, modelado pelo Direito). Bens, interesses ou valores têm um sentido comum, mas recolhem significado em dimensões distintas. Os bens relevam do plano *ontológico*, os interesses do plano *antropológico* e os valores do plano *axiológico*.

Bem jurídico é uma magnitude material ou imaterial suscetível de fruição, de utilidade e/ou de proteção juridicamente relevantes¹⁴¹³. Um bem jurídico é algo que é objetivamente útil, ou subjetivamente entendido como útil, para a realização de um interesse jurídico. A liberdade, a saúde pública, a paz, a ordem e tranquilidade públicas, são bens jurídico-constitucionais¹⁴¹⁴.

Interesse jurídico é o vínculo imaterial juridicamente relevante entre um sujeito ou entidade suficientemente individualizada e bens jurídicos¹⁴¹⁵.

Valor é um conceito axiológico que expressa o que é bom, intelectualmente adquirido, não de modo empírico ou analítico, mas através da intuição¹⁴¹⁶. Os direitos fundamentais espelham e expressam valores recebidos pela constituição. Quanto ao alcance, como ponto de partida utilizamos a expressão na sua extensão máxima, sem prejuízo de, quando necessário, a restringirmos apropriadamente. Nessa extensão, num contexto de Constituição *prima facie*, as categorias de bens, interesses ou valores que interessam ao Direito Constitucional têm uma amplitude inabarcável. Uma pequena amostra ilustra essa extensão máxima que tomamos como referência: (i) Estado de direito democrático (artigos 2.º e 9.º, b)); legalidade democrática (artigo 3.º, n.º 2); (ii) identidade europeia (artigo 7.º, n.º 5); (iii)

¹⁴¹³ Para outras propostas, Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut" Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Carl Heymanns, Köln, 1971, p. 68; Ávila, *Teoria...*, 1.ª ed., p. 87, 7.ª ed., p. 143: bens jurídicos são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos.

¹⁴¹⁴ Assim, por todos, Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, p. 7, com várias referências.

¹⁴¹⁵ Próximo, Ávila, *Teoria...*, 7.ª ed., p. 144. Para outra abordagem, veja-se, por exemplo, Habermas, *Erkenntnis und interesse*, Frankfurt a.M., 1968 (consultámos a ed. castelhana *Conocimiento e interés*, Madrid, 1982, p. 199): "Chamo interesse às orientações básicas que são inerentes a determinadas condições fundamentais da reprodução e da autoconstituição possíveis da espécie humana, quer dizer, ao trabalho e à interação". V. Margarida Boladeras, *Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos*, Tecnos, Madrid, 1996.

¹⁴¹⁶ Para a distinção entre conceitos normativos e axiológicos, v. Georg Henrik von Wright, *The Varieties of Goodness*, Routledge & K. Paul, London, 1963, pp. 6 ss.; Ávila, *Teoria...*, 1.ª ed., p. 87, 7.ª ed. p.144: os valores constituem o aspeto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado; Gavara de Cara, *Derechos...*, p. 222.

igualdade real entre os portugueses (artigo 9.º, d)); (iv) língua portuguesa (artigo 9.º, f)); (v) direito à vida (artigo 24.º); (vi) capacidade civil (artigo 26.º, n.º 4); (vii) prisão preventiva (artigo 28.º, n.º 4); (viii) direito de resposta dos partidos políticos representados na Assembleia da República (artigo 40.º, n.º 2); (ix) direito das associações sindicais a participar na elaboração da legislação do trabalho (artigo 56.º, n.º 2, a)); (x) direito à proteção da saúde (artigo 64.º, n.º 1); (xi) direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado (artigo 66.º, n.º 1); (xii) autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira das universidades (artigo 76.º, n.º 2); (xiii) repartição justa dos rendimentos e da riqueza (artigo 103.º, n.º 1); (xiv) poder dos deputados de participar e intervir nos debates parlamentares (artigo 156.º, c)); (xv) direito dos deputados aos subsídios que a lei prescrever (artigo 158.º, d)); (xvi) direitos das regiões autónomas definidos nos seus estatutos (artigo 281.º, n.ºs 1, al. d) e 2, g)); (xvii) direito do Presidente da República a ser informado pelo Governo sobre o estado dos negócios públicos¹⁴¹⁷. Poderiam ser referidos outros sem assento formal, mas a que se aponta valor constitucional material, como (xviii) o direito ao reagrupamento familiar¹⁴¹⁸.

Nesta amostra encontramos bens, interesses ou valores que a ordem jurídica subjetiviza através do reconhecimento de *posições jurídicas subjetivas*, ou equivalentes a subjetivas, ativas¹⁴¹⁹ - direitos, liberdades, garantias, poderes, privilégios, imunidades, etc.¹⁴²⁰ -, a que correspondem posições de sujeição. Mas

¹⁴¹⁷ Conforme **Canotilho/Moreira, *Os poderes...***, p. 64.

¹⁴¹⁸ V. artigo 98.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, lei dos estrangeiros, alterada pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, pela Lei n.º 56/2015, de 23 de junho, assim como pela Lei n.º 63/2015, de 30 de junho.

¹⁴¹⁹ A lista de conceitos que traduzem posições jurídicas subjetivas ativas, encimada pela palavra direito, é longa: além de poder, liberdade, garantia, imunidade, privilégio e interesse juridicamente protegido, poderíamos alongá-la referindo prerrogativa, faculdade, isenção, pretensão legítima, interesse legítimo, atribuição, capacidade, competência, autorização, permissão, licença, franquia, impunidade, concessão, título, opção, limitação de responsabilidade, prioridade, preferência, jurisdição, independência, autarquia, elegibilidade, autonomia, inoponibilidade, etc. A esta "família" liderada (ou, algumas vezes, resumida) pela palavra *direito*, contrapõe-se uma outra, relacionada com a palavra *dever* e composta por obrigação, responsabilidade, incapacidade, incompetência, proibição, limitação, carga, condição, prestação, serviço, gravame, impedimento, incompatibilidade, inabilidade, ausência de direito ou não-direito, restrição, limitação, débito, inibição, etc. V. **Genaro Carrió, Nota preliminar** à tradução castelhana do texto de **Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning***, da Editorial Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 10.

¹⁴²⁰ Estudámos desenvolvidamente o tema das posições jurídicas subjetivas em "Relação Jurídico-Pública", *cit.*

também encontramos bens, interesses ou valores essencialmente objetivos, vulgo interesses públicos, interesses coletivos ou interesses comunitários, reconhecidos igualmente através de diversas formas. O tratamento e desagregação analíticos de tudo isso exigiria outra dissertação.

Entre os temas dessa outra dissertação estaria seguramente o da sustentabilidade da *summa divisio* (designadamente, dentro do que a Constituição designa por "direitos ou interesses constitucionalmente protegidos") entre bens, interesses ou valores subjetivados e bens, interesses ou valores objetivos ou não subjetivados, ou, colocando a questão como é muitas vezes colocada, entre direitos fundamentais e interesses públicos. Há uma tendência para se considerar que esta *summa divisio* entre interesses públicos e direitos fundamentais entrou em colapso. Alguns daqueles bens que eram tradicionalmente entendidos como objeto de interesses públicos (o ambiente, a saúde, a educação, a cultura, a segurança) são hoje objeto de direitos fundamentais. Em contrapartida, alguns direitos individuais, como a liberdade de expressão, têm uma vincada componente institucional-objetiva e são até pilares essenciais do modelo de sociedade e do sistema político, pelo que a sua limitação, tanto quanto atingir posições jurídicas subjetivas fundamentais, atinge os próprios alicerces da ordem constitucional objetiva¹⁴²¹. Em alguns casos é, consequentemente, difícil demarcar a fronteira onde começa o interesse público e termina o direito fundamental¹⁴²². Todavia, é ainda dominante a ideia de que os interesses públicos não são uma mera soma dos interesses individuais, constituindo um *aliud* em relação a estes¹⁴²³.

1.7. Limites externos e internos à conformação do fim

A conformação do fim é condicionada por limites externos e por limites internos.

¹⁴²¹ Sobre isto, por todos, Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, pp. 8 ss., 21 ss.

¹⁴²² Em termos próximos, Barak, *Proportionality...*, p. 534; Muzny, *La technique de proportionnalité...*, pp. 322 ss.

¹⁴²³ Assim Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, p. 21; v., porém, Bleckmann, *Begründung...*, p. 180 (notando que os interesses financeiros do Estado são afinal os interesses individuais dos contribuintes).

Os *limites externos* são os limites jurídicos que enquadram a formação da vontade do legislador¹⁴²⁴. Consistem nos requisitos da determinabilidade, consistência e validade do fim e no peso ou importância abstrata dos bens, interesses ou valores prosseguidos. Os três primeiros requisitos são os necessários para que o fim se possa considerar *legítimo*, isto é, conforme com os critérios normativos que fixam os parâmetros de apreciação da sua legitimidade¹⁴²⁵.

Os *limites internos* são limites metajurídicos, constitutivos da liberdade de conformação, gerados pela própria dinâmica da deliberação e ponderação políticas. Reportam-se à necessidade da realização do fim, à importância concreta da sua realização, à intensidade da sua satisfação e à relação entre a sua satisfação e os bens, interesses ou valores indiciariamente sacrificáveis.

Estudaremos consecutivamente os *limites externos* e os *limites internos* à vontade conformadora do legislador. Num capítulo ulterior analisamos autonomamente o sentido e alcance dos poderes do juiz constitucional de escrutínio dos requisitos externos, os únicos que estão sujeitos a esse exame.

2. Limites externos à conformação do fim

2.1. Legitimidade do fim

A doutrina tende a assimilar o conceito de fim *legítimo* ao de fim *válido*. Propomos aqui uma aceção mais ampla de fim legítimo, que não atende apenas à validade. A legitimidade do fim requer a sua (i) determinabilidade, consistência e (ii) validade.

¹⁴²⁴ As expressões "vontade", "intenção", "finalidade" ou "espírito" do legislador (ou legislativos) serão utilizadas, mas não se menospreza toda a complexidade do debate sobre se verdadeiramente se pode falar nesses termos. V., por todos, **Ekins**, «What is legislative intent?...» (2008), acedido em <http://www.statutelawsociety.co.uk/wp-content/uploads/2014/01/RichardEkins.pdf>; *idem*, **Ekins**, - *The Nature of Legislative Intent*, *cit.*

¹⁴²⁵ V. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2.^a ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 343.

2.1.1. Determinabilidade e consistência

Poderia discutir-se se a componente finalística dos atos de entidades investidas de poder de autoridade é indispensável. Mas é irrefutável que pelo menos os atos legislativos têm *sempre* de visar uma qualquer finalidade inteligível. Essa exigência assume grau acrescido quando aqueles atos impliquem uma interferência em bens, interesses ou valores objeto de uma posição jurídica subjetiva titulada por um direito fundamental. Deve ser inteligível e determinável o tipo e o sentido, extensão e alcance dos efeitos materiais visados. Uma norma que não prossiga nenhuma finalidade racionalmente apreensível, ou que suscita dúvidas insanáveis sobre qual a verdadeira finalidade, só pode ser considerada uma norma cujo fim se reduz simplesmente à interferência no bem, interesse ou valor atingido. Ora, a interferência carece necessariamente de justificação, não podendo ser entendida como um fim em si mesma¹⁴²⁶.

Se pensarmos na proibição do excesso como norma de controlo, a exigência de fim discernível adquire redobrada relevância. A ausência de um fim objetivamente extraível da norma fiscalizada inviabiliza a aplicação da proibição do excesso como norma de controlo, uma vez que esta requer forçosamente a delimitação de uma relação meio-fim, quanto mais não seja, devido ao conteúdo dos segmentos da adequação e da necessidade¹⁴²⁷. A impossibilidade de identificar um fim do ato legislativo, fazendo falhar um pressuposto da aplicação do princípio da proibição do excesso (e, em bom rigor, de outros instrumentos mediadores de harmonização), não implica uma violação deste princípio, mas sim uma invalidade por violação do *princípio geral da proibição do arbítrio*.

O legislador deve delimitar e exteriorizar (por exemplo, nos preâmbulos, notas justificativas, debates parlamentares, anúncios públicos, ou mesmo na parte

¹⁴²⁶ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 450.

¹⁴²⁷ Saber se na interpretação da lei deve o juiz constitucional procurar extrair a vontade objetiva (v., por todos, **Geiger**, «Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtbarkeit als deutscher Sicht», p. 142, *apud* **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 132; **Wernsmann**, «Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm...», *cit.*) ou a vontade subjetiva do legislador, ou dos membros da maioria ou de uma fração, é uma questão clássica recorrente, que releva da teoria geral da interpretação e que não podemos desenvolver. Em termos gerais, a melhor orientação passará certamente por soluções ecléticas.

dispositiva dos atos legislativos) a finalidade dos seus atos em termos suficientemente determinados ou determináveis¹⁴²⁸ e sem contradições entre fins (evitando que sejam mutuamente excludentes), sob pena de inexistência ou invalidade absoluta por falta ou contradição interna das finalidades. Adicionalmente deve fornecer indicações que permitam concluir sobre a *importância* que atribui à satisfação do fim e o *grau de intensidade* da satisfação pretendido.

Todavia, nem sempre o legislador delimita ou exterioriza com precisão o fim visado, eventualmente por causa das condições institucionais do procedimento legislativo parlamentar ou, no caso português, do procedimento legislativo do Governo.

A fixação e identificação de, pelo menos, um fim podem ser dificultadas por *obscuridade, vacuidade, ambiguidade* ou excessiva *amplitude*¹⁴²⁹. Os fins obscuros, vagos ou ambíguos dificultam um juízo seguro sobre a adequação, sobre a necessidade e sobre a proporcionalidade e.s.e., quer pelo autor da medida, quer por quem a controle posteriormente¹⁴³⁰. Os fins formulados ou sinalizados de modo excessivamente amplo ou genérico induzem a que praticamente todo e qualquer meio se prefigure como adequado¹⁴³¹, ao contrário dos fins *precisos*, que reduzem o espectro de medidas adequadas¹⁴³². Por outro lado, os fins excessivamente amplos ou genéricos provocam mais facilmente a proliferação de alternativas menos interferentes, dificultando futuramente a superação do segmento da necessidade pelo meio primariamente selecionado pelo legislador¹⁴³³.

¹⁴²⁸ Fins indeterminados ou demasiado gerais, como o fim da "defesa da ordem democrática e livre" ou a "saúde pública" não podem servir para justificar as interferências em direitos: **Schlink**, *Abwägung...*, pp. 204 ss.; **Dechsling**, *Verhältnismäßigkeitgebot...*, p. 28.

¹⁴²⁹ Sobre "fragilidades" do princípio da proibição do excesso resultantes de fatores relacionados com a especificação do fim, v. **Hirschberg**, *Grundsatz...*, pp. 153 ss.; **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 450 (o fim necessita de ser simultaneamente geral e específico, de modo a permitir a apreciação da adequação e da necessidade); **Clérico**, *El examen...*, pp. 49 e ss. ("o fim perseguido deve ser precisado na maior medida possível").

¹⁴³⁰ V. capítulo 19.

¹⁴³¹ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 450.

¹⁴³² Ao ponto de poder haver fins tão específicos que praticamente se confundem com um único meio capaz de os realizar, sendo, por isso, inadequados todos os demais: v. **Hickman**, «The Substance...», p. 704.

¹⁴³³ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 450; **Hickman**, «Proportionality...», p. 38. Embora não incida sobre norma legislativa, o caso do acórdão n.º 392/89, do Tribunal Constitucional, é ilustrativo desta situação. Estava em causa norma de portaria de extensão que estabelecia que quando uma empresa vencesse um concurso para a prestação de serviços de limpeza

Mesmo que o legislador evite a obscuridade, vacuidade, ambiguidade ou excessiva amplitude dos efeitos que pretende desencadear, um meio pode visar *mais do que um fim*. Nessas circunstâncias, é inevitável que a aplicação do princípio da proibição do excesso, na medida em que pressupõe a delimitação de uma clara relação meio-fim, arrisque perder acutilância ou até viabilidade. A impossibilidade de confrontar um meio com *um só fim* aumenta a complexidade da aplicação e diminui a possibilidade de a proibição do excesso funcionar como *critério de decisão*. Por exemplo, uma medida pode ser adequada e necessária na perspectiva de um dos fins e não de outro ou outros, complicando-se a situação se for adequada ou necessária para o fim ou fins secundários mas não para o principal ou principais.

A apresentação pelo legislador de um fim que não é o realmente visado não desencadeia automaticamente a invalidade da norma. Prosseguir um fim diferente daquele que é invocado não provoca, por si, qualquer tipo de invalidade. A invalidade pode seguramente resultar de o fim efetivamente prosseguido não caber na liberdade de conformação do legislador, mas não de ser diferente do fim alegado. Sem embargo, a prossecução de um fim diferente do invocado pode ter repercussões indiretas ao nível da proibição do excesso. O meio escolhido pelo legislador pode ser adequado ou necessário para prosseguir o fim fictício, mas não o ser para prosseguir o fim real. Se este for identificado pelo juiz constitucional, a invalidade da norma é declarada, aí sim por violação da proibição do excesso.

num determinado local de trabalho teria de ficar com os trabalhadores da empresa que perdesse o concurso, se esta estivesse anteriormente a prestar aquele serviço no referido local de trabalho. Julgou-se que a restrição imposta à liberdade negocial da empresa vencedora do concurso não era *necessária* para garantir a manutenção dos postos de trabalho dos trabalhadores que prestavam serviços de limpeza naquele local. O Tribunal entendeu que o fim admissível (tratava-se de um ato não legislativo, onde a liberdade de conformação do autor é menor do que na legislação) era a preservação *dos postos de trabalho* dos trabalhadores da empresa perdedora, não sendo a medida necessária para esse fim, uma vez que a manutenção dos postos de trabalho podia ser garantida de outro modo. Se o Tribunal tivesse considerado um fim mais específico – a salvaguarda da prestação do trabalho *no mesmo local de trabalho* –, a necessidade da medida teria de ser reconhecida.

2.1.2. Validade

Na linguagem mais corrente da doutrina a expressão fim legítimo é usada com o sentido restritivo de fim válido¹⁴³⁴.

A exigência de *validade* do fim da norma é expressão de um postulado geral da atividade do Estado¹⁴³⁵, exigível não apenas em situações de eventual aplicação da proibição do excesso. Se o fim da norma não for, em si, permitido pelo Direito, aquela será inválida sem que seja necessário recorrer ao crivo do princípio da proibição do excesso¹⁴³⁶.

Não vigora uma *presunção de constitucionalidade* – nem ilidível nem inilidível – de todo e qualquer fim visado pelo legislador¹⁴³⁷.

Nem a Constituição portuguesa nem em geral os outros textos constitucionais (por impossibilidade auto evidente, mas também por opção ideológica) contêm normas que permitam delimitar exaustivamente todos os bens, interesses ou valores cuja promoção o legislador deve ou pode visar e, conseqüentemente, as classes de fins que deve ou pode prosseguir.

¹⁴³⁴ Cfr. **Grimm**, «Proportionality...», p. 387; **Rivers**, «Proportionality, Discretion...», p. 171; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 186; **Klatt / Meister**, *The Constitutional...*, p. 8; **Barak**, *Proportionality...*, pp. 245 ss.; **Engel**, «Das legitime Ziel...», *cit.*

¹⁴³⁵ Sublinham-no, por exemplo, **Schlink**, *Freiheit...*, p. 460; **Serrano**, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, pp. 101 ss.; **Novais**, *As restrições...*, pp. 737-738; **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 90; **Heusch**, *Der Grundsatz...*, p. 39.

¹⁴³⁶ **Heusch**, *Der Grundsatz...*, p. 39.

¹⁴³⁷ Esta referência merece ser sublinhada porque em certos ordenamentos, como o dos EUA, essa presunção de constitucionalidade vigora, embora apenas no que toca às normas que introduzam limites nos direitos constitucionais cujas restrições estão sujeitas ao chamado *minimal scrutiny* (v. *supra*). Por outro lado, a recusa de uma presunção geral ou específica de constitucionalidade não merece a concordância de todos: cfr. **Pulido**, *El principio...*, p. 698, fala de uma *conceção negativa* da legitimidade do fim, nos termos do qual “qualquer fim é legítimo, a menos que esteja proibido expressa ou implicitamente pela Constituição”. Daí derivaria a presunção de constitucionalidade das leis e dos fins das leis, que implicaria que o ónus da prova da inconstitucionalidade do fim caberia a quem a alegasse, bastando ao legislador demonstrar qual o fim visado pela restrição. A presunção de constitucionalidade do fim da lei valeria mesmo perante uma proibição *prima facie* desse fim estabelecida na constituição (p. 704). No texto recusa-se a conceção da constituição como simples *limite negativo* (ainda por cima, limite negativo *fraco*) à liberdade de conformação do legislador. Adiante se recusará também esta conceção rígida - e inaceitavelmente *diluidora do valor da constituição* - da repartição do ónus da prova. Fora situações episódicas - v., por exemplo, acórdão n.º 25/84 - o Tribunal Constitucional português não se tem mostrado recetivo à ideia da presunção de constitucionalidade.

As classificações de fins assumem caráter primacialmente doutrinal¹⁴³⁸ e jurisprudencial, sendo relevante a adoção de um critério mais *apertado* - como no Canadá - ou mais *aberto* - como na Alemanha¹⁴³⁹ - sobre o que constitui fim válido no contexto da dogmática da proibição do excesso.

Para que possam ser considerados válidos, os fins imediatos (i) não devem ser nem absoluta nem relativamente proibidos, isto é, devem ser prescritos ou permitidos pela constituição. Todavia, os fins proibidos relativamente (ou *prima facie*) podem ser em certas circunstâncias prosseguidos. Os fins válidos podem consistir (ii) na satisfação de bens, interesses ou valores públicos ou de posições jurídicas subjetivas e (iii) ter ou não assento constitucional direto.

2.1.2.1. Fins imediatos proibidos, prescritos ou permitidos

Na aferição da validade do fim, o legislador deve atender, antes do mais, à modalidade deontica da estatuição da norma que define a sua conduta no que toca a um bem, interesse ou valor. É desse modo que apura se pode ou deve praticar alguma intervenção, promovendo a sua satisfação ou interferindo nele, ou se deve abster-se de o fazer. Como veremos, a estrutura deontica da norma que rege a conduta do legislador é também decisiva para verificar qual o instrumento de mediação de harmonização aplicável em caso de colisão normativa¹⁴⁴⁰.

O conceito de *intervenção* legislativa, ou intervenção legislativa em bens, interesses ou valores, abrange o conceito de *interferência* (estudado no próximo capítulo) e o conceito de *satisfação* de bens, interesses ou valores. Isto é: as intervenções legislativas podem produzir efeitos (negativos) de interferência em bens, interesses ou valores, ou efeitos (positivos) de satisfação de bens, interesses ou valores.

Do ponto de vista sintático, as formulações normativas sobre intervenções do legislador em bens, interesses ou valores podem ou não utilizar o verbo auxiliar

¹⁴³⁸ A obra de enquadramento geral dos diferentes fins do Estado que se recomenda é a de **Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, cit.**

¹⁴³⁹ Barak, *Proportionality...*, p. 490.

¹⁴⁴⁰ *Infra*, capítulo 13.

*dever*¹⁴⁴¹ (dever de agir ou de omitir, não dever de agir, não dever de omitir, não dever de agir nem de omitir) ou expressões traduzíveis em termos de dever, como proibição, prescrição ou permissão¹⁴⁴². Mas mesmo quando as disposições não exprimem aparentemente modalidades deônticas, elas e as normas que delas se extraem através da interpretação podem ser (re)construídas com estrutura deôntica¹⁴⁴³, configurando-se então normas (constitucionais, supranacionais ou internacionais, consoante o caso) que estatuem *proibições*, *obrigações* ou *permissões*. Na medida em que têm um tronco comum ou em que podem todos ser convertidos ao conceito básico de dever (e também de permissão), os modos deônticos são mutuamente reconvertíveis, em alguns casos com o emprego da negativa¹⁴⁴⁴. Assim, a obrigação traduz-se num dever de ação positiva, sendo o mesmo que uma proibição de abstenção ou de ação negativa e envolve necessariamente uma permissão de ação positiva (mas não de abstenção). A proibição traduz-se num dever de abstenção ou de ação negativa, sendo o mesmo que uma não permissão de ação positiva. Finalmente, uma permissão de ação (positiva e/ou negativa) é o mesmo que uma não obrigação de ação (positiva e/ou negativa) ou que uma não proibição de ação (positiva e/ou negativa)¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴¹ Dever e obrigação são aqui considerados sinónimos: assim, **Guastini, *Distinguendo...***, p. 110.

¹⁴⁴² Sobre os modos deônticos (proibição, obrigação, permissão), particularmente no contexto das posições jurídicas subjetivas, v. o nosso «Relação Jurídico-pública», *cit.*; **G. H. von Wright**, «Deontic Logic», in *Mind*, New Series, Vol. 60, n.º. 237 (jan. 1951), pp. 1-15, acessível em <http://links.jstor.org/sici?sici=00264423%28195101%292%3A60%3A237%3C1%3ADL%3E2.0.CO%3B2-C>; **Alexy, *A Theory...***, p. 87; **Teixeira de Sousa, *Introdução...***, pp. 203 ss. Na senda de **Alchourrón / Bulgryn, *Normative Systems***, muitos autores como **Guastini, *Distinguendo...***, pp. 93, 118 ss. e **La sintassi...**, pp. 57 ss., distinguem não três, mas quatro modalidades deônticas elementares: obrigação (O), proibição (Ph), permissão (P) e *faculdade* (F), referindo-se esta à possibilidade de omitir ou de não praticar um ato. A conjugação entre os operadores elementares permissão e faculdade dá lugar ao operador composto *liberdade*, que outros designam de *permissão forte*, isto é, o ato pode ser praticado ou omitido, não está proibido nem é obrigatório (o que no texto designamos de permissão).

¹⁴⁴³ Diferentemente do que defende **Guastini, *Distinguendo...***, p. 112, todos os enunciados normativos podem ser transcritos através de fórmulas deônticas. Por exemplo, o enunciado "é derogado o artigo x da lei y" pode ser reformulado como "o artigo x da lei y *deve* ser considerado derogado" ou "o artigo x da lei y *não deve* ser aplicado" (por estar derogado).

¹⁴⁴⁴ **Guastini, *Distinguendo...***, p. 118; **La sintassi...**, p. 60; **David Duarte**, «Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deônticos em Alf Ross: a Crítica, a Inexistência de Permissões Fracas e a Completude do Ordenamento em Matéria de Normas Primárias», in *RFDUL*, vol. XLIII, n.º 1 (2002), pp. 257 e ss.; **Teixeira de Sousa, *Introdução...***, pp. 208 ss. Em contrapartida, os termos deônticos não são definíveis através de termos não deônticos.

¹⁴⁴⁵ Estas relações podem ser expressas com vantagem através dos operadores da lógica deôntica. Assim, sendo O para obrigação, Ph para proibição e P para permissão, *p* para conduta, \equiv para equivalente, \neg para negação:

Teoricamente, as proibições, prescrições ou permissões de intervenção podem ser *prima facie* ou absolutas¹⁴⁴⁶. As proposições normativas proibitivas, prescritivas ou permissivas de intervenção são *prima facie* ou absolutas, consoante possam ser *derrotadas*, ou não, por considerações contingentes na fase da aplicação (entendida a expressão fase de aplicação em sentido lato, que abrange quer as condutas de cumprimento ou de exercício da norma pelo destinatário, quer de imposição do seu cumprimento, quer de sancionamento do incumprimento)¹⁴⁴⁷.

Um sistema constitucional composto apenas por permissões dificilmente poderia ser reconhecido como um ordenamento viável¹⁴⁴⁸. Mas a sua decomposição em obrigações ou proibições absolutas também não é concebível. Uma constituição que combina pretensões dirigentes com uma ampla liberdade de conformação do legislador recorre sobretudo a uma combinação de proibições, prescrições e permissões *prima facie*. Por isso, as situações de *obrigação absoluta* ou de *permissão absoluta* de intervenções em bens, interesses ou valores específicos, isto é, insuscetíveis de ser derrotadas por considerações resultantes de ponderação política ou jurídica, são virtualmente inexistentes¹⁴⁴⁹. Em contrapartida, existem proibições absolutas de *interferência* em bens, interesses ou valores, ainda que circunscritas.

$Op \equiv Ph\neg p \equiv \neg P\neg p$ (a obrigação de praticar p é equivalente à proibição de não praticar p e à não permissão de não praticar p)

$O\neg p \equiv Php \equiv \neg Pp$ (a obrigação de não praticar p é equivalente à proibição de praticar p e à não permissão de praticar p)

$\neg Op \equiv \neg Php \equiv Pp$ (a não obrigação de não praticar p é equivalente à não proibição de praticar p e à permissão de praticar p)

$\neg Op \equiv \neg Ph\neg p \equiv P\neg p$ (a não obrigação de praticar p é equivalente à não proibição de não praticar p e à permissão de não praticar p)

Todavia, não podendo sequer desenvolver adequadamente os rudimentos da lógica deôntica e as suas relações com as colisões normativas, não sobrecarregaremos o texto com aqueles operadores. Por todos, para maiores desenvolvimentos, **Alchourrón/Bulygin, *Normative...***, p. 74; **Zorrilla, *Conflictos...***, pp. 89 ss.; **Moreso, *La indeterminación...***, pp. 18 ss.

¹⁴⁴⁶ A tese dos fins proibidos, obrigatórios ou permitidos *prima facie*, bem como a ideia dos direitos *prima facie* têm a sua origem no conceito de *obrigação* (ou dever) *prima facie* de **W. D. Ross, *The Right and the Good***, acima referido. Quando a obrigação deixa de ser *prima facie* e se torna dever definitivo fala-se de *duty proper*, obrigação *all-things considered*.

¹⁴⁴⁷ Tem-se como referência a definição de derrotável ou *defeasible* proposta por **John Finnis**, in **Ted Honderich** (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy* (New Edition), Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 194.

¹⁴⁴⁸ **Guastini, *Distinguendo...***, p. 119.

¹⁴⁴⁹ Não versaremos o tema da possibilidade de o próprio legislador se autovincular a proibições da prossecução de certos fins, através de normas legais com ou sem valor reforçado. Mas também, aí não se vislumbra a possibilidade de proibições com carácter absoluto.

De seguida, analisaremos os termos em que a intervenção em bens, interesses ou valores, naquelas duas modalidades de promoção e interferência, é objeto de:

- proibição absoluta;
- proibição *prima facie*;
- obrigação *prima facie*;
- permissão *prima facie*.

2.1.2.1.1. Intervenções proibidas de forma absoluta

Na medida em que a liberdade de conformação do fim é uma derivação direta do princípio democrático, o legislador do momento não deve estar espartilhado por uma rede de proibições, muito menos de proibições absolutas¹⁴⁵⁰. As proibições absolutas de ação positiva, seja de promoção, seja de interferência, são exceções à liberdade de conformação do legislador¹⁴⁵¹.

A natureza *absoluta* das proibições de intervenção implica que quando haja uma colisão entre o dever *absoluto* do legislador de se abster de qualquer ação positiva de promoção ou de interferência em específicos bens, interesses ou valores e um dever não absoluto ou permissão de intervenção em outros bens, interesses ou valores que implique o não cumprimento total ou parcial daquele dever absoluto, essa colisão é meramente aparente, uma vez que a proibição absoluta prevalece sempre.

Olhando para a Constituição ressaltam pelo menos quatro tipos de intervenções em bens, interesses ou valores proibidas absolutamente¹⁴⁵²: (i) intervenções que atingem os fundamentos do Estado; (ii) intervenções que promovem bens, interesses ou valores cuja promoção caia fora das atribuições do Estado; (iii)

¹⁴⁵⁰ A visão de uma constituição como um genoma jurídico, de onde tudo deriva, desde as normas de direito penal, até à regulação da produção de termómetros, foi criticada por **Forsthoff**, *Der Staat...*, p. 144. A visão de uma constituição como mero *quadro*, em contraponto com uma constituição como fundamento, foi defendida por **Böckenforde**, «Grundrechte als Grundsatznormen...», *cit.*, trad. italiana, **Stato...**, p. 261. V. a análise de **Alexy**, *A Theory...*, pp. 389 ss.

¹⁴⁵¹ Cfr. **Lerche**, *Übermass...*, pp. 226 ss.; **Grabitz**, «Der Grundsatz...», pp. 573 ss.; **Dechsling**, *Das Verhältnismässigkeit...*, p. 77; **C. Bernal Pulido**, *El principio...*, p. 698.

¹⁴⁵² Não é sustentável a posição daqueles que, como **Tsakyrakis**, «Proportionality...», p. 488, entendem que o princípio da proibição do excesso não se coaduna com a exclusão liminar e absoluta de certos fins; assim, **Möller**, «Proportionality...», p. 718.

intervenções que envolvem a interferência em direitos absolutos; (iv) intervenções que suprimem ou reduzem limites internos de direitos, constitucionalmente previstos.

2.1.2.1.1.1. Intervenções que atingem os fundamentos do Estado ou que promovem bens, interesses ou valores cuja promoção caia fora das atribuições do Estado

O legislador está absolutamente proibido de interferir nos pilares da ordem fundamental liberal-democrática ou de promover bens, interesses ou valores que sejam com eles incompatíveis¹⁴⁵³.

Por outro lado, o legislador democrático está absolutamente proibido de promover uma determinada visão do *bem individual* ou da *vida boa*, de acordo com um ideal (pretensamente) perfeccionista. A promoção - eventualmente com imposição aos membros da comunidade - de uma concepção do bem individual, de um estilo de vida, de uma mundivisão, é proibida por uma concepção dos direitos fundamentais baseada nos valores da autonomia e da dignidade da pessoa humana. Quando o fim do legislador é, *exclusivamente*, substituir-se ao indivíduo na definição da concepção de *vida boa*, sem visar a promoção de qualquer componente de interesse coletivo, ou de bem, interesse ou valor voluntariamente assumido pelo próprio indivíduo, esse fim é ilegítimo¹⁴⁵⁴. Não compete ao Estado/legislador substituir-se ao indivíduo na definição sobre se deve seguir os preceitos de uma determinada religião, uma certa orientação sexual ou política. Esta é uma consequência direta de uma interpretação democrática e personalista dos direitos fundamentais: quando a Constituição radica direitos fundamentais na proclamação da dignidade da pessoa

¹⁴⁵³ Borowski, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 187.

¹⁴⁵⁴ Kumm, «Political Liberalism...», p. 145, fala de *excluded reasons*, inspirado nas *exclusionary reasons* de Pildes «Avoiding balancing: The Role of Exclusionary ...», pp. 711 ss. Posição diferente é, por exemplo, a de Michael Sandel, *Public Philosophy. Essays on Morality in Politics*, Harvard University Press, Cambridge Ma, 2005, cap. 23; Urbina, «A Critique...», p. 76.

humana (artigo 1.^o), a primeira consequência é que o Estado não se pode substituir ao indivíduo em decisões que só a este cabem¹⁴⁵⁵.

Todavia, há situações de fronteira: os fins de aperfeiçoamento pessoal, que devem ser reservados para a esfera individual, podem ocasionalmente desencadear efeitos *colaterais* ou *secundários* que importam à coletividade. Nessas circunstâncias, saímos da zona de *proibição absoluta* e entramos no domínio de eventuais proibições ou permissões *prima facie*.

2.1.2.1.1.2. Intervenções que representam interferências em direitos absolutos

Conforme explicitamos noutra capítulo¹⁴⁵⁶, admite-se a (excepcionalíssima) existência de direitos fundamentais absolutos ou, mais rigorosamente, de posições jurídicas subjetivas garantidas de forma absoluta. São aquelas posições jurídicas subjetivas que, tendo natureza essencialmente negativa, isto é, sendo objeto de um dever de abstenção do Estado, não são derrotáveis, não estão dependentes da ponderação com *outros* bens, interesses ou valores, nem são suscetíveis de interferências subordinadas à proibição do excesso ou a outro instrumento harmonizador.

Os casos mais salientes são os que respeitam ao direito à vida. O legislador está absolutamente proibido de interferir ou tem o dever absoluto de se abster de interferir nesse bem, interesse ou valor fundamental absoluto¹⁴⁵⁷. Isso traduz-se, entre outros aspetos, na proibição de criar um quadro jurídico que ponha em risco a vida ou que ameace a vida.

¹⁴⁵⁵ Como se pode extrair de «Political Liberalism...», *idem*, em rigor **Kumm** considera estes ideais de perfeccionismo *excluded reasons* quer no âmbito da avaliação da legitimidade do fim, quer no âmbito da avaliação da proporcionalidade e.s.e. Os ideais especificamente perfeccionistas nem sustentam fins que possam aspirar a ser considerados legítimos, nem são razões que possam ser ponderadas na proporcionalidade e.s.e.

¹⁴⁵⁶ Capítulo 10.

¹⁴⁵⁷ Tal como está, aliás, proibido, de usar a vida como *meio* para a prossecução de certos fins, estando, por exemplo, proibida a pena de morte como *meio* de prossecução de finalidades penais ou a realização de experiências científicas que ponham em risco a vida. V. capítulo 11.

2.1.2.1.1.3. Intervenções que suprimem ou reduzem limites internos de direitos, constitucionalmente previstos

Quando a Constituição define limites internos ao direito fundamental, o legislador está absolutamente proibido de suprimir ou de alguma forma reduzir esses limites. Por exemplo, estabelecendo o artigo 45.^o, n.^o 1, um limite interno ao direito de reunião ("Os cidadãos têm o direito de se reunir, *pacificamente e sem armas*"), o legislador não pode emitir normas que permitam que os cidadãos exerçam o seu direito de reunião na posse de armas.

2.1.2.1.2. Intervenções proibidas *prima facie*

Tal como as proibições absolutas, também as proibições *prima facie* de intervenção são excecionais em relação ao princípio da liberdade de conformação do legislador. A diferença entre proibições absolutas e *prima facie* é que estas podem ser derrotadas por argumentos que sobrelevem os argumentos que originalmente justificaram a proibição *prima facie*. Isso supõe uma operação de ponderação logo em sede de aferição da legitimidade do fim: ao legislador cabe verificar se as razões que levaram ao estabelecimento da proibição *prima facie* devem ou podem ceder perante razões (mais fortes e especialmente fortes) que justificam que a intervenção proibida *prima facie* seja afinal realizada.

Referiremos três núcleos: (i) promoção do *bem* individual a que se associa a promoção colateral de interesse público; (ii) promoção de bens, interesses ou valores de "tradição, convenção ou preferência"; (iii) interferência em direitos, liberdades e garantias. Nos dois primeiros casos pode questionar-se se a proibição da intervenção é absoluta ou simplesmente *prima facie*.

2.1.2.1.2.1. Intervenções de promoção do *bem* individual a que se associa a promoção colateral de interesses públicos

A imposição à comunidade de bens, interesses ou valores que correspondem a uma conceção perfeccionista de *bem* ou de *vida boa* que, numa ordem jurídica tributária da dignidade e autonomia da pessoa, deve ser objeto de escolhas individuais, é absolutamente proibida. Mas pode suceder que à noção de *bem*, inerente a determinados bens, interesses ou valores, se agregue, como propriedade colateral ou secundária, uma componente de interesse coletivo¹⁴⁵⁸.

Por exemplo, ao Estado é absolutamente proibido promover bens, interesses ou valores religiosos. Não pode difundir ou promover qualquer religião, ou o valor da prática religiosa em si. Essa proibição é particularmente enfatizada quanto ao ensino público (artigo 43.º, n.ºs 2 e 3). Contudo, o legislador pode entender que a promoção de valores religiosos em abstrato permite acautelar o bem, interesse ou valor da estabilidade social, cuja promoção lhe é permitida, pelo que podem ou devem ser mobilizados meios públicos para a sua prossecução (esse argumento foi já aceite pelo Tribunal Constitucional português¹⁴⁵⁹). Assim, haveria uma proibição absoluta da promoção de bens, interesses ou valores específicos; mas em circunstâncias concretas essa proibição seria degradada em apenas *prima facie* se a promoção desses bens, interesses ou valores específicos se mostrasse comprovadamente instrumental à promoção de outros bens, interesses ou valores entrantes na liberdade de conformação do legislador.

¹⁴⁵⁸ Já estudámos antes um exemplo eventualmente mais radical, tratado pelo Tribunal Constitucional, de norma que protege o *bem* da pessoa contra a sua própria vontade. É o caso da norma que limita a autonomia da vontade do trabalhador sinistrado (impedindo-o, por exemplo, de requerer e obter a remição de pensão vitalícia) com vista a garantir a subsistência condigna desse mesmo trabalhador ao longo de toda a sua vida. V. acórdão n.º 314/13.

¹⁴⁵⁹ Sobre isso, o nosso «Portugal», in Gerhard Robbers / W. Cole Durham (eds.), *Encyclopedia of Law and Religion*, Brill Nijhoff, disponível *online* (publicação prevista para março de 2016).

2.1.2.1.2.2. Promoção de bens, interesses ou valores de "tradição, convenção ou preferência"

Tomemos a situação julgada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Lustig-Prean and Beckett v. UK*¹⁴⁶⁰. A questão central era a investigação feita no Reino Unido a cidadãos que pretendessem ingressar e prestar serviço na *Royal Navy*, com vista a apurar a sua orientação sexual e a vedar o ingresso de homossexuais. Admitamos a hipótese enunciada por KUMM de que os bens, interesses ou valores que o legislador pretendia verdadeiramente acautelar não se prendiam com a operacionalidade e capacidade de combate da força militar – fins alegados pelo Governo – mas com outros que o autor designa de “tradição, convenção ou preferência”¹⁴⁶¹. Estariam em causa, afinal, valores da tradição que honram antigas preferências por forças armadas livres de homossexuais ou que materializam ideias de que “as forças armadas não são para homossexuais”, ou a realização de uma “conceção compreensiva do bem” (RAWLS), de fundo religioso ou moral, que, por exemplo, considere a homossexualidade pecaminosa ou contrária ao sentido natural da existência humana. KUMM recorre às noções de *juízo coletivo de razão* e de *razão pública* para defender que aqueles bens, interesses ou valores (ou razões, ou fins) não podem ser considerados legitimadores da interferência em direitos, claudicando no âmbito do que considera o primeiro segmento da proibição do excesso (a averiguação da legitimidade do fim)¹⁴⁶².

Uma possibilidade é considerar a promoção desses bens, interesses ou valores proibida *absolutamente*. Outra é considerá-la proibida *prima facie*. Neste segundo caso, o legislador pode promovê-los se identificar razões que na ponderação concreta suplantem as razões que fundamentam a proibição. A questão é controversa e não a damos por encerrada na exposição que antecede.

¹⁴⁶⁰ ECHR 71 (27 September 1999).

¹⁴⁶¹ Kumm, «Democracy...», p. 22.

¹⁴⁶² Concordante Möller, «Proportionality...», p. 712 (com referência a outro caso, *Smith & Grady v. UK*, também de 27 de Setembro de 1999, em que estava em causa a medida de excluir soldados homossexuais do exército com o fim de evitar tensões entre homossexuais e heterossexuais que conduzissem a um declínio da moral e da capacidade de combate).

2.1.2.1.2.3. Interferência em direitos, liberdades e garantias

Embora cada direito tenha uma estrutura própria que obriga a adaptações a esta doutrina, é essencialmente correta a afirmação geral de que os direitos de defesa ou de liberdade implicam uma proibição *prima facie* de interferências do legislador (pedendo, analogamente, dizer-se o mesmo em relação à vertente negativa de direitos sociais). Todavia, esta proibição *prima facie* de interferências tem de ser articulada com normas constitucionais expressas ou implícitas de permissão ou de obrigação de interferências com vista à prossecução de outros bens, interesses ou valores. Entre essas normas constitucionais situa-se a cláusula geral implícita de restrições que permite interferências com vista à promoção de bens, interesses ou valores especificamente enunciados pela Constituição portuguesa e pela DUDH, como defenderemos adiante¹⁴⁶³.

2.1.2.1.3. Intervenções prescritas *prima facie*

Como se referiu, a recusa de uma conceção dirigista de constituição veda a existência de obrigações absolutas de ação do legislador. No entanto, a constituição pode estabelecer obrigações *prima facie* de intervenções legislativas em bens, interesses ou valores.

A Constituição portuguesa, sob a linguagem polissémica dos princípios, direitos, deveres ou das “tarefas”, “incumbências”, objetivos, por vezes adjetivados como fundamentais ou prioritários (v., sobre os últimos, artigos 9.º, 81.º, 99.º, 100.º), aponta ao legislador bens, interesses ou valores que deve promover, respeitar ou

¹⁴⁶³ Cfr. *infra*, capítulo 9.

fazer respeitar^{1464/1465}. Os fins *legítimos* mais proeminentes são, pois, os que consistem na satisfação desses bens, interesses ou valores, que se caracterizam por possuir atributos de normatividade e obrigatoriedade *prima facie* de grau superior. Trata-se de fins tão diversos (e até de importância tão diversa) como promover a igualdade entre homens e mulheres (artigo 9.º, h)), eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio (artigo 81.º, h)), racionalizar os circuitos de distribuição (artigo 99.º, b)) ou reforçar a inovação industrial e tecnológica (artigo 100.º, b)). É também o caso da salvaguarda dos princípios e bens, interesses ou valores com caráter *fundamental* expressos ou implícitos nos primeiros onze artigos da Constituição, designadamente os da soberania popular, da dignidade da pessoa humana, do Estado de direito democrático, do pluralismo, da separação e interdependência de poderes, da legalidade democrática, da unidade do Estado, da inalienabilidade do território nacional ou dos direitos de soberania sobre ele, da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais, da descentralização democrática da administração pública, da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos e da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e cooperação com todos os outros povos.

Sem embargo, a densidade do dever que decorre da Constituição pode variar em função da importância abstrata e da amplitude da margem de livre conformação que o legislador conserve na definição do momento, importância e intensidade da sua satisfação.

Há casos que se reconduzem à figura do *dever específico* de ação legislativa. Nesse âmbito, a liberdade de conformação do legislador aproxima-se do limiar mínimo (embora não se desvaneça). Há outros casos em que a imposição da prossecução de bens, interesses ou valores assume contornos de alta abstração, *insuscetíveis de fundar um dever específico de legiferação*. Saber a que categoria pertence o dever constitucionalmente fundado é uma tarefa de interpretação.

¹⁴⁶⁴ Há ainda que contar com a virtude "mágica" nomopoiética de que fala sugestivamente **Guastini**, *La sintassi...*, p. 205, isto é, da capacidade de disposições constitucionais (no caso, fala de princípios) gerarem ulteriormente uma quantidade inumerável de outras normas.

¹⁴⁶⁵ Há coincidência entre o conceito de norma de bens, interesses ou valores e o conceito mais compactado de *norma-valor* proposto por **Sartor**, «The Logic of Proportionality...», pp. 1425 ss., como vetor da racionalidade teleológica ou consequencialista. Este, por seu turno, colhe alguma inspiração no conceito de *Zweckprogramme* de **Luhmann**.

No primeiro grupo de casos a doutrina insere normalmente: (i) os deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por outros particulares; (ii) os deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por poderes estatais estrangeiros; (iii) os deveres de possibilitação do exercício de certos direitos fundamentais; (iv) os deveres de materialização dos direitos sociais. Teremos oportunidade de estudar estes e outros deveres específicos a propósito do princípio da proibição do defeito.

Neste primeiro grupo, o legislador não fica desprovido do poder de avaliar as possibilidades jurídicas e fácticas do cumprimento do dever *prima facie*, competindo-lhe definir em que termos o cabe assegurar, tendo em conta, designadamente, as situações prototípicas ou casos paradigmáticos, reais ou hipotéticos, apreensíveis ou cognoscíveis, a oportunidade, o diagnóstico da situação de facto e as obrigações eventualmente colidentes. Todavia, o legislador não tem permissão de incumprir integralmente o dever, embora possa, em certas circunstâncias, invocar uma permissão *prima facie* de prossecução de deveres contraditórios sustentada na sua liberdade de conformação.

No segundo grupo de casos, inserem-se as situações que não configuram ou geram deveres específicos de emissão de normas legislativas. Por exemplo, deveres como os de preservação da soberania sobre o território nacional, de preservação da independência nacional, de segurança nacional, de defesa dos direitos dos povos e da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, de não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e de cooperação com todos os outros povos, têm um grau de abstração que compromete a possibilidade de serem fundamento de deveres específicos. A margem de conformação do legislador quanto à sua prossecução é, conseqüentemente, mais ampla. Neste caso, é apropriado falar de deveres *prima facie enfraquecidos*, cuja textura se aproxima mais das situações em que o legislador escolhe livremente prosseguir bens, interesses ou valores, do que das situações em que ele está adstrito a um dever específico de legiferação¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶⁶ **Rivers**, «Proportionality, Discretion...», *cit.*, p. 168, vai mais longe na defesa do carácter enfraquecido destes interesses públicos, uma vez que sustenta que não podem ser considerados exigências de otimização. O legislador não estaria sob a obrigação de os otimizar ou mesmo de os prosseguir de todo. Porventura, os interesses públicos são meras exigências de otimização sem

2.1.2.1.4. Intervenções permitidas *prima facie*

Sob esta epígrafe deve estabelecer-se uma subdivisão entre (i) intervenções permitidas *prima facie* com direta cobertura constitucional e (ii) sem direta cobertura constitucional.

2.1.2.1.4.1. Intervenções permitidas *prima facie* com direta cobertura constitucional

Devido ao que se expôs sobre os deveres *prima facie* enfraquecidos, nem sempre é possível distinguir com nitidez entre as situações em que a Constituição prescreve a *obrigação prima facie* de o legislador promover certos fins e as situações em que a Constituição se limita a estabelecer uma *permissão prima facie* de intervenção legislativa de promoção desses fins.

Uma das mais notórias e relevantes permissões (ou rede de permissões) é a que resulta da aceitação de uma cláusula geral de restrições (ou, na terminologia que preferimos, de interferências) de direitos, liberdades e garantias com vista à salvaguarda de outros bens, interesses ou valores constitucionais ou enunciados nas disposições pertinentes da DUDH.

sanção ou permissões de otimização. Os interesses públicos seriam assim redefinidos como permissões de otimização, enquanto os princípios são exigências de otimização ou permissões. Numa conceção extrema, os bens, interesses ou valores de carácter geral, coletivo ou público seriam objeto sempre de *permissões* e não de obrigações do legislador. No texto adota-se uma orientação menos extrema. Relativizando também, **Harbo**, «The Function of Proportionality...», p. 167. Entendemos que os fins decorrentes de princípios *previstos na Constituição* são sempre obrigatórios *prima facie*, salvo se outra coisa dela resultar. Todavia, a virtualidade de deles se retirar um *dever específico de legiferação* é que varia, tal como varia a respetiva importância: haverá provavelmente boas ou muito boas razões para a atribuição de uma importância superior ao fim da promoção da igualdade entre homens e mulheres (artigo 9.º, h)) comparativamente com a racionalização dos circuitos de distribuição (artigo 99.º, b)).

2.1.2.1.4.2. Intervenções permitidas *prima facie* sem direta cobertura constitucional

Sobre a promoção ou satisfação de bens, interesses ou valores que não está nem comandada, nem proibida, nem autorizada *diretamente* pela Constituição (ou por instrumentos internacionais ou supranacionais) pode defender-se que é proibida *prima facie* ou, em alternativa, que é permitida *prima facie*.

De acordo com a primeira hipótese, o legislador, no exercício da sua liberdade de conformação, apenas teria a faculdade de identificar razões que justificassem a suplantação da proibição *prima facie*. Mas esta orientação só é compatível com uma conceção de constituição dirigista, votada a definir minuciosamente o quadro de ação do legislador.

Por isso, a promoção de bens, interesses ou valores não comandada, proibida ou permitida diretamente pela Constituição, deve considerar-se *permitida prima facie* de forma indireta, por efeito do princípio democrático¹⁴⁶⁷. Este pressupõe um nível significativo de liberdade estrutural de conformação de fins pelo legislador no exercício da sua função democrática representativa. Essa liberdade estrutural de conformação assenta em permissões em sentido *forte* - diretamente extraídas das disposições constitucionais -, mas também em permissões em sentido *débil*, resultantes da ausência de normas constitucionais de proibição ou de obrigação e do princípio democrático¹⁴⁶⁸.

Fins de interesse público sem assento constitucional são, por exemplo, os da boa gestão e comportabilidade financeira¹⁴⁶⁹ e os do combate ao terrorismo ou aos perigos associados ao tráfico e consumo de drogas. Alguns são conjunturais, outros estruturais, ou conjunturais com tendência a estruturais, como os fins da redução da despesa pública, da correção do desequilíbrio orçamental excessivo ou da consolidação orçamental, de equilíbrio das contas externas ou de diminuição da

¹⁴⁶⁷ Assim, **Sanchís**, *Neoconstitucionalismo...*, p. 128.

¹⁴⁶⁸ Distinguindo permissões fortes e débeis, **Guastini**, *Distinguendo...*, pp. 120-121.

¹⁴⁶⁹ Cfr. **Alexy**, «On Constitutional...», p. 12.

dívida pública¹⁴⁷⁰. Na Alemanha já se chegou a admitir como fim legítimo a proteção da classe média¹⁴⁷¹.

2.1.2.2. Fins imediatos de satisfação de bens, interesses e valores públicos ou de posições jurídicas subjetivas

Como se viu acima, a *summa divisio* entre bens, interesses ou valores continua a ser - embora crescentemente contestada - entre bens, interesses ou valores públicos ou gerais da comunidade (que se podem designar, abreviadamente, de fins de interesse público ou fins gerais ou fins da comunidade¹⁴⁷²) e bens, interesses ou valores materializados através de situações jurídicas subjetivas.

2.2. Peso ou importância abstrata

2.2.1. A controvérsia da diferenciação da importância abstrata

A par da legitimidade, outro limite externo à conformação do fim pelo legislador é o do peso ou importância abstrata dos bens, interesses ou valores cuja satisfação constitui o fim da norma e dos bens, interesses ou valores afetados. Sem embargo, a viabilidade de atribuir diferente peso ou importância abstrata a bens, interesses ou valores constitucionais é controvertida.

Embora o debate não tenha começado aí, uma boa referência para o contextualizar é a doutrina do Tribunal Constitucional alemão da constituição como ordem de

¹⁴⁷⁰ V. acórdão n.º 187/13 do Tribunal Constitucional. A doutrina e jurisprudência geradas em espaços com cultura constitucional equivalente fornecem outros exemplos relevantes. Por exemplo, **Barak, *Proportionality...***, pp. 265, 274 ss., especula sobre a possibilidade de a proteção *dos sentimentos* dos cidadãos ser um dos propósitos justificadores de restrições de direitos.

¹⁴⁷¹ **Alexy**, «Entrevista...», p. 21.

¹⁴⁷² Estes conceitos de fins de interesse público, ou de interesse geral da comunidade, são apenas duas das escolhas possíveis. A doutrina fala também de fins coletivos, interesses coletivos, interesses sociais, fins comunitários, interesses do Estado (ou do Governo). Cfr. **Webber, *The Negotiable...***, p. 74.

valores, desenhada e propagada na década de 1950¹⁴⁷³. Sobre esses alicerces construiu-se a tese de uma hierarquia de valores, isto é, de ordenação de valores de acordo com a sua importância.

Todavia, essa nunca deixou de ser uma construção polémica. A contestação doutrinal atinge a sua intensidade máxima no que toca à possibilidade de uma hierarquia de valores estruturada de acordo com a respetiva importância *abstrata*¹⁴⁷⁴. Há quem a negue, particularmente quando se trata de direitos fundamentais¹⁴⁷⁵, admitindo apenas *hierarquizações concretas*, mutáveis de circunstância para circunstância¹⁴⁷⁶. Mesmo os termos gerais da relação entre direitos fundamentais e outros bens, interesses ou valores, como os interesses públicos ou coletivos, não se subordina um critério de ordenação do tipo *in dubio pro libertate*¹⁴⁷⁷.

Contudo, também há quem admita hipóteses de ordenações abstratas, em diversas variantes, que podem chegar à possibilidade de ordens lexicais mais ou menos

¹⁴⁷³ V. indicações gerais em **Bleckmann, *Staatsrecht II***, pp. 253 ss.; **Alexy, *Theorie...***, pp. 125 ss. As origens remontam a **Rudolf Smend**: v., por exemplo, «Das Recht der freien Meinungsäußerung», (1928), *cit.* ou **Verfassung und Verfassungsrecht**, *cit.*. Fala-se, a propósito, de uma versão mais fechada (cfr. a exposição e crítica de **Alexy, *idem***, pp. 138 ss.) ou de uma versão mais branda (**Alexy, *ibidem***, pp. 143 ss.).

¹⁴⁷⁴ Esta possibilidade tem sido rejeitada pelo Tribunal Constitucional, como se expôs *supra*, capítulo 5.

¹⁴⁷⁵ Frisando esse ponto, **Moreso**, «Alexy y la Aritmética...», p. 231: a necessidade de atribuir um peso abstrato a cada princípio envolvido implica a existência de uma escala de ordenação abstrata que não é conhecida, não havendo nenhuma que possa ser aceite razoavelmente. V. **Morand**, «Vers une Méthodologie de la pesée ...», p. 61; **Muzny, *La Technique de Proportionnalité...***, pp. 92 ss., 346 ss. (no quadro da sua conceção de que os direitos fundamentais só adquirem substância na sua realização concreta).

¹⁴⁷⁶ **Muzny, *La Technique de Proportionnalité...***, p. 347.

¹⁴⁷⁷ Sobre o princípio, **Peter Schneider**, «In dubio pro libertate», in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, vol. II, 1960, pp. 263 ss. **Alexy**, respondendo à crítica de que a teoria dos princípios fragiliza os direitos, responde com o princípio formal de que os direitos prevalecem sempre sobre os bens coletivos, o que implica mais do que o *in dubio pro libertate*, uma vez que abrange mais do que os direitos de liberdade (isto é, cobre também direitos de prestação). De acordo com este princípio, verificando-se uma colisão entre um direito e um bem coletivo, havendo argumentos de peso semelhante, resolve-se a favor do direito (**Alexy**, «Derechos individuales y bienes colectivos», p. 207). Cfr. a discussão em **Lopera Mesa**, «Los derechos fundamentales ...», pp. 228 ss., salientando a antinomia entre esse princípio formal e outro, também propugnado pelo autor, «*in dubio pro legislatore*». As dificuldades de um princípio *in dubio pro libertate* têm sido sublinhadas: v. **Horst Ehmke**, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», in *Prinzipien der Verfassungsinterpretation: Berichte und Aussprache zu den Berichten in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Freiburg vom 4. bis 7. Oktober 1961*, VVDStRL, de Gruyter, 1963, pp. 53 ss.; na doutrina nacional, **Queiroz, *Direitos Fundamentais***, p. 323.

fechadas¹⁴⁷⁸. Apesar de evidentes dificuldades, é muitas vezes possível encontrar na constituição (designadamente, na Constituição portuguesa) indícios, mais ou menos confirmados ou reforçados pela realidade constitucional, que alicerçam uma ordenação hierárquica abstrata. Um dos métodos de identificar a ordem hierárquica abstrata é a extrapolação das decisões do juiz constitucional, na medida em que ele - normalmente de modo fragmentário - faça ponderações abstratas¹⁴⁷⁹. Outro é a da construção dogmático-doutrinal¹⁴⁸⁰.

Entre as posições que rejeitam e as que aceitam uma ordem hierárquica resultante de ponderação da importância abstrata, há orientações intermédias. Assim se pode classificar a construção de ALEXY, na medida em que rejeita uma hierarquia de valores abstrata fechada, cardinal ou ordinal¹⁴⁸¹, admitindo, sem embargo, diferenças de pesos abstratos¹⁴⁸². Todavia, ainda que invoque pelo menos a posição hierárquica superior do direito à vida sobre a liberdade geral de ação¹⁴⁸³, o autor reconhece que os pesos abstratos dos princípios colidentes são frequentemente iguais¹⁴⁸⁴. Eventualmente por essa razão, prescinde de testar e demonstrar a hipótese de não equivalência da importância abstrata dos bens, interesses ou

¹⁴⁷⁸ Variantes de uma ideia de diferenciação da importância abstrata, além da que está subjacente à *Stufentheorie* (desenvolvida pelo BVerfG, sobretudo em situações relacionadas com o artigo 12.º da Lei Fundamental de Bona: v. *Entscheidungen* 7, p. 377; *Entscheidungen* 20, p. 150; **Gentz, Zur Verhältnismäßigkeit...**, p. 1603; **Pieroth/Schlink, Grundrechte...**, p. 75; **Manfred Gubelt** in Ingo von Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 3ª ed., 1985, coment. ao artigo 12.º, nº 40 e ss.), são, desde logo, as das ordenações lexicais, que apreciaremos adiante (v. **Rawls, A Theory of Justice**, p. 42; **Jeremy Waldron, Liberal Rights**, Cambridge University Press, 1993, p. 216).

¹⁴⁷⁹ V., por todos, o exercício de **Harald Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts...**, pp. 224 ss.; **Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot**, pp. 30 ss.

¹⁴⁸⁰ Na doutrina portuguesa, **Miranda** perfila-se como o autor que tem levado mais longe o esforço de ordenação ou hierarquização de bens, interesses ou valores constitucionais, com particular incidência nos direitos fundamentais, quer invocando um critério de "consistência e proteção jurídica" (*Manual...*, tomo IV, 1.ª ed., p. 146; 3.ª ed., p. 155), quer recorrendo a um "critério valorativo, subjacente à ideia de Direito revelada na sistematização da Constituição" (*Manual...*, tomo IV, 5.ª ed., pp. 238-239).

¹⁴⁸¹ **A Theory...**, p. 97: "deveria ficar claro que uma ordem constitucional de valores abstrata, seja cardinal ou ordinal, é inaceitável".

¹⁴⁸² **A Theory...**, p. 406; «La fórmula del peso», p. 35. Adiante (capítulo 17) analisaremos criticamente a fórmula do peso, particularmente no que se refere à incorporação do peso abstrato: $W_{ij} = I_i \times W_i \times R_i / I_j \times W_j \times R_i$

W_i e W_j representam, respetivamente, o peso abstrato dos princípios P_i e P_j , isto é, independentemente de considerações concretas.

¹⁴⁸³ **A Theory...**, p. 406; «La fórmula del peso», p. 23.

¹⁴⁸⁴ **A Theory...**, p. 406; «La fórmula del peso», p. 25.

valores constitucionais. Isso leva, em última análise, a que o modo de apuramento do peso ou importância abstrata dos princípios em colisão seja algo obscuro¹⁴⁸⁵. Aí veem alguns mais um indício de que é inviável chegar a *qualquer tipo razoável de ordenação abstrata*¹⁴⁸⁶.

Sem embargo, conceber uma dogmática constitucional que atribua a todos os bens, interesses ou valores ancorados na constituição uma importância abstrata uniforme, negligencia alguns *indícios* que a própria constituição por norma contém. E, mesmo que esses indícios textuais sejam escassos ou discutíveis, há sempre que considerar o influxo da *realidade constitucional*. Esforços doutrinários como os de MIRANDA, ALEXY ou HARALD SCHNEIDER (a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão até à década de 1970), ou jurisprudenciais como os que levam o Supremo Tribunal americano a assentar boa parte da sua construção constitucional na categoria dos *preferred rights*, ou jus-filosóficos como os que sustentam as *basic liberties* de RAWLS, são viáveis no seu sentido geral, ainda que não indiscutíveis.

Há, por conseguinte, que prosseguir na averiguação. Admitindo-se a possibilidade de diferenciação do peso ou importância abstrata, trata-se do peso ou da importância abstrata de que *grandeza*? O *critério* para a definição do peso ou importância abstrata é material ou formal? O peso ou importância abstrata tem carácter *relativo* ou *absoluto*? O peso ou importância abstrata tem carácter *prima facie* ou *definitivo*? Quem e como se determina o peso ou importância abstrata?

¹⁴⁸⁵ Notando este aspeto, **Pirker, *Proportionality*...**, p. 35; **Pino, *Derechos*...**, p. 214, acrescenta que a possibilidade de atribuição de peso abstrato é até pouco plausível, tendo em conta que muitas vezes estarão em causa não os direitos globalmente considerados, ou os seus núcleos essenciais, mas situações jurídicas subjetivas específicas deles decorrentes, cuja relevância instrumental para a realização do interesse que justifica a consagração do direito pode ser diferenciada. Todavia, como se verá no momento próprio, isso não parece afetar decisivamente a possibilidade de diferenciações do peso abstrato.

¹⁴⁸⁶ **Moreso**, «Alexy y la aritmética...», p. 74 (a pista dada por **Alexy** de que o direito à vida tem maior peso abstrato do que a liberdade geral de ação é uma intuição perfeitamente aceitável, mas está longe de constituir sequer o núcleo de uma escala de ordenação de todos os direitos); **Zorrilla, *Conflictos*...**, p. 248 (admitindo apenas, numa perspetiva metodologicamente positivista, hierarquias baseadas em aspetos formais decorrentes da constituição, embora **Alexy** não tivesse em consideração esta classe de critérios, mas sim critérios materiais); **Pirker, *Proportionality*...**, p. 35.

2.2.2. Peso ou importância de quê?

Interessa o peso ou importância das disposições constitucionais? Das normas? Dos bens, interesses ou valores? Dos fins?

A atribuição de peso ou importância diferenciado a *disposições* constitucionais é inviável. Não se pode recorrer a critérios materiais para diferenciar. Tão pouco se pode usar o critério formal da relação hierárquica, uma vez que por natureza não existe diferenciação hierárquica entre disposições com a mesma fonte. Se se pudesse usar de todo o conceito de peso ou importância em relação a elas, as disposições constitucionais só poderiam ter peso ou importância equivalente

Já em relação aos bens, interesses ou valores sobre os quais as disposições tomam posição, a questão é diferente. No que a eles concerne, é possível isolar critérios materiais e formais que permitam a atribuição de valor ou importância relativa e a concomitante hierarquização material abstrata. Ora, em bom rigor o que releva verdadeiramente para efeitos da operacionalização do princípio da proibição do excesso, designadamente para a conformação do fim, é o peso ou importância dos *bens, interesses ou valores* cuja satisfação constitui o fim imediato que o legislador liga à norma legislativa. Concomitantemente, pode também falar-se da importância abstrata dos fins, na medida em que refletem o peso ou importância abstrata dos bens, interesses ou valores cuja satisfação se prossegue.

2.2.3. Critérios para a definição do peso ou importância abstrata

Em regra as constituições não fornecem argumentos concludentes e categóricos a favor do estabelecimento da importância ou peso maior ou menor deste ou daquele bem, interesse ou valor. Todavia, não é impossível a extração de critérios formais ou materiais¹⁴⁸⁷.

Critérios *formais* podem ser, por exemplo, a estruturação dos mecanismos de proteção ou defesa, a ênfase resultante do estabelecimento de limites materiais de revisão constitucional, a atribuição de especial resistência em situações de

¹⁴⁸⁷ Sobre o caso da Constituição portuguesa, por todos, **Miranda, *Manual...***, tomo IV, 5.^a ed., pp. 238-239.

necessidade ou de emergência, a específica atribuição de valor supremo ou superior a certos bens, interesses ou valores¹⁴⁸⁸.

Os critérios *materiais* atendem ao grau de “fundamentalidade” do bem, interesse ou valor¹⁴⁸⁹, de acordo com padrões extraídos da constituição, ou ancorados em valores materiais metapositivos¹⁴⁹⁰, em concepções ideológicas ou morais ou em ideais como o da de Justiça¹⁴⁹¹.

Incontornável é o influxo da realidade constitucional, no seu permanente contributo de sentido para o discurso constitucional. Mesmo na ausência de qualquer critério formal decisivo ou determinante, sempre a realidade constitucional forçará o reconhecimento de que há bens, interesses ou valores constitucionais abstratamente mais importantes do que outros¹⁴⁹².

2.2.4. O peso ou importância abstrata tem caráter absoluto ou relativo?

O peso ou importância abstrata de um bem, interesse ou valor ou do fim da sua prossecução pode ter caráter absoluto ou relativo.

No primeiro caso, aquele peso ou importância é atribuído atendendo simplesmente ao regime jurídico ou a aspetos intrínsecos do bem, interesse ou valor ou do fim em causa, desconsiderando-se as relações em que entrem ou possam entrar com outros. Nos EUA, o entendimento dominante parece ir no sentido de que a qualificação do peso ou importância do interesse que o legislador visa promover (*valid, legitimate*,

¹⁴⁸⁸ Sobre algumas destas situações, **Zorrilla, *Conflictos*...**, p. 248.

¹⁴⁸⁹ A diferenciação de peso ou importância abstrata pode traçar-se no “interior” do próprio direito. Por exemplo, parece ser uma ideia consensual que a liberdade de expressão comercial tem peso ou importância inferior à liberdade de expressão política. Isto tem sido aceite pela jurisprudência americana, mas será talvez um postulado universalmente admitido. V. **Barak, *Proportionality*...**, p. 361.

¹⁴⁹⁰ No quadro das teorias do positivismo jurídico, os critérios materiais metapositivos são obviamente excluídos: cfr. **Zorrilla, *Conflictos*...**, p. 249.

¹⁴⁹¹ Será nestes que **Alexy** sobretudo pensará; cfr. **Zorrilla, *Conflictos*...**, pp. 248-249. Também o mais conhecido escalonamento de direitos, o construído pela jurisprudência constitucional americana (v. *supra*), parece basear-se em critérios essencialmente materiais (eventualmente, a importância social, como sugere **Barak, *Proportionality*...**, p. 360), embora algo instáveis.

¹⁴⁹² Em sentido que parece próximo, **Harald Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts*...**, pp. 222 ss.

important, significant, substantial, compelling), de que depende a seleção do *standard* de controlo da constitucionalidade da limitação de direitos, é feita em termos tendencialmente *absolutos*. Isto é, os interesses que justificam a limitação dos direitos são avaliados *em si*, sem ponderação (*balancing*) ou confrontação com outros interesses, sejam aqueles com os quais podem colidir em abstrato, sejam aqueles com os quais colidem efetivamente em concreto.

No segundo caso, o peso ou importância abstrata dos bens, interesses ou valores e dos fins é aferido em relação a outros bens, interesses ou valores.

Não se pode elaborar sobre se nos EUA a classificação dos fins é abstrata ou também concreta e se é teórica e praticamente concebível uma qualificação estritamente absoluta¹⁴⁹³ (mesmo nos EUA isso é discutido e está longe de ser unânime). Admitindo que o seja, essa orientação está em linha com a natureza essencialmente subsuntiva dos testes americanos. Ao invés, quando se trate de testes com uma forte componente de ponderação, como a proibição do excesso, o peso abstrato ou importância abstrata que interessa apurar é essencialmente relativo ou relacional¹⁴⁹⁴.

Como é que se introduz e consoma a relativização da importância ou peso abstrato? Em primeira linha, atende-se às próprias indicações constitucionais de cariz formal. Por si só, a constituição pode dar um contributo relevante para essa relativização se incorporar critérios que indiquem relações de precedência entre direitos. No caso português, a Constituição subsidia o intérprete com vários indicadores de importância abstrata relativa. O mais saliente extrai-se do regime dispensado pela Constituição a diferentes núcleos normativos. Por exemplo: (i) o artigo 19.º, n.º 6, comanda que entre os direitos, liberdades e garantias há alguns que não podem ser afetados pela declaração de estado de sítio ou de emergência: os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, à não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião; (ii) o artigo 18.º confere especial resistência e imediatividade aos direitos, liberdades e garantias que não são estendidas aos direitos económicos, sociais e culturais.

¹⁴⁹³ V., por exemplo, **Rivers**, «Proportionality...», p. 178: o peso abstrato é sempre relativo.

¹⁴⁹⁴ Optamos por não distinguir entre importância *relativa* e *relacional*. Cfr. porém, **Sieckmann**, «Balancing...», p. 105.

Por outro lado, há que atender à realidade constitucional.

É certo que as colisões que suscitam a intervenção do legislador são sempre qualificáveis como colisões normativas abstratas. Estas podem ser apreendidas por duas vias: (i) a partir da interpretação constitucional, independentemente de situações prototípicas realmente ocorridas; ou (ii) a partir da ocorrência e apreensão de situações prototípicas ou casos paradigmáticos. A consciencialização da colisão tanto pode resultar do exercício permanente de interpretação pela comunidade de intérpretes da constituição (por exemplo, basta interpretação constitucional para se perceber que o princípio da presunção da inocência e a possibilidade de prisão preventiva colidem), como da ocorrência de situações prototípicas reais que alertam o legislador para a colisão normativa. Mas em qualquer dessas circunstâncias o influxo da realidade é inevitável. A atribuição de peso ou importância abstrata exige a referência a situações reais ou hipotéticas, empiricamente cognoscíveis ou intelectualmente concebíveis pelo legislador, em que os bens, interesses ou valores *podem* entrar concretamente em colisão. Quando exista informação disponível, para esse exercício são designadamente relevantes as *relações de colisão concretas* em que os bens, interesses ou valores em causa entraram no passado¹⁴⁹⁵. A indução de relações de peso ou importância abstrata entre bens, interesses ou valores e fins faz-se à luz de critérios formais e materiais extraídos da constituição, mas não pode desligar-se de um universo mais ou menos difuso de dados obtidos da realidade constitucional.

É deste modo que se chega à noção de *peso ou importância abstrata relativa*, vital para algumas das operações metódicas da proibição do excesso: *o peso ou importância abstratamente definida dos bens, interesses ou valores e dos fins na relação uns com os outros, à luz de critérios formais e materiais fornecidos pela constituição, testados na sua refração num universo representativo de situações prototípicas reais ou hipotéticas*.

¹⁴⁹⁵ V., por exemplo, o exercício de **Harald Schneider**, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts...*, pp. 224 ss.

2.2.5. Caráter *prima facie* ou definitivo?

Em tese, a atribuição de peso ou importância abstrata e a ordenação de bens, interesses ou valores daí decorrente pode ter um caráter *definitivo* ou *prima facie*¹⁴⁹⁶. No primeiro caso está-se perante uma *hierarquia fechada* ou *dura*, algo imutável ou incontestável pelos poderes terrenos, uma ordem abstrata de valores hierarquizada, escrita no céu (*Werthimmel*). No segundo admite-se a permanente sensibilidade à evolução da realidade constitucional, a mutabilidade e evolução de acordo com novas considerações¹⁴⁹⁷. A relatividade que sustentámos no número anterior e o cariz ponderativo de algumas operações da proibição do excesso coadunam-se sobretudo com o caráter *prima facie* do peso ou importância abstrata.

2.2.6. Síntese da orientação adotada

Do que se expôs, conclui-se que é possível atribuir a bens, interesses ou valores peso ou importância *abstrata relativa prima facie*, recorrendo a critérios *formais* e *materiais* resultantes de uma interpretação da constituição dinâmica e sensível à realidade.

Adere-se ao consenso da rejeição de uma ordem hierárquica fechada e integral e sobre a viabilidade de uma mera escala ordinal e não cardinal¹⁴⁹⁸.

A importância abstrata de bens, interesses ou valores em relação aos demais pode diferir de cultura para cultura jus-constitucional¹⁴⁹⁹. Por outro lado, é plausível a existência de incertezas sobre o peso abstrato dos bens, interesses ou valores¹⁵⁰⁰. No caso português, além dos critérios formais que se podem extrair da Constituição

¹⁴⁹⁶ Para **Alexy**, por exemplo, parece ter caráter simplesmente *prima facie*. No mesmo sentido, **Zorrilla, Conflictos...**, p. 248.

¹⁴⁹⁷ Embora em termos diversos, há coincidência com **Miranda, Manual...**, tomo IV, 5.^a ed., p. 239.

¹⁴⁹⁸ Cfr. **Šušnjar, Proportionality**, p. 236.

¹⁴⁹⁹ **Rivers**, «Proportionality...», p. 179: as comunidades políticas podem escolher, dentro de limites, os pesos abstratos atribuídos aos diferentes valores em jogo.

¹⁵⁰⁰ Os casos de dúvida epistémica sobre o peso abstrato relativo de valores são um dos três tipos enunciados por **Rivers**, «Proportionality...», p. 177, dando lugar àquilo que o autor designa (algo arbitrariamente) de liberdade de conformação *cultural*. Conforme desenvolvemos antes, admitimos também o conceito de *peso abstrato absoluto*, diferentemente do autor, que sustenta que o peso abstrato é sempre relativo.

(cfr. *supra*), releva a leitura sobre os seus pilares fundamentais. Pode sustentar-se, por exemplo, que os direitos à vida – sustentáculo da existência e do valor de todos os demais direitos – e à livre expressão política – sustentáculo da sociedade democrática – têm uma importância abstrata que alimenta, inclusive, a pretensão de natureza absoluta das normas que os consagram (sem prejuízo da contestação que isso possa suscitar, mais acentuada no segundo caso). As concepções sobre as relações entre o individual e o coletivo subjacentes à Constituição podem ser também um indicador: a tendencial (mas não absoluta ou inflexível) adesão ao *favor libertatis* robustece o peso dos bens, interesses ou valores subjetivos face aos interesses coletivos.

Na determinação do peso ou importância abstrata, é esperável uma teia de trocas e compromissos entre razões e argumentos: as concepções sobre a relação entre o individual e o coletivo recebem força do regime jurídico conferido aos direitos, liberdades e garantias, que, por seu turno, recebem peso da leitura sobre os pilares fundamentais da Constituição. Os pilares fundamentais da Constituição são cimentados pela concepção absoluta, ou tendencialmente absoluta, reconhecida a alguns direitos, os quais, por seu lado, recebem peso da estrutura deontológica das normas que os consagram. As relações de cedência e de aquisição cruzada de força e peso entre as várias razões poderiam multiplicar-se. Encontraremos situações de *trade-off* em vários momentos do processo ponderativo. Importante relação de trocas ou “negociações” de peso é a que se observa entre a importância abstrata do fim e a importância da satisfação desse fim em concreto. Na fixação desta segunda importância, no contexto da sua liberdade de conformação, o legislador tem necessariamente em conta a importância abstrata do fim. E na determinação da importância abstrata do fim não se pode deixar de ter em conta a importância que o legislador democrático lhe atribuiu historicamente em cada episódio em que a questão se colocou (e até a importância conferida pelo juiz constitucional ou pela doutrina mais difundida).

2.2.7. Quem e como determina o peso ou importância abstrata?

A função de definição ou de indicição da importância abstrata cabe em primeira linha ao próprio titular do poder constituinte, originário ou derivado. A fonte primária do peso ou importância abstrata é a própria constituição. Se a ela não puder ser imputada nenhuma indicação, formal e/ou material, que implique ou autorize a atribuição de um peso abstrato diferenciado a determinados bens, interesses ou valores, o postulado básico é que todos os que tiverem consagração constitucional têm um peso idêntico¹⁵⁰¹.

Os primeiros intérpretes e destinatários da constituição são os poderes públicos, primordialmente o próprio legislador. A ele cabe a descoberta preliminar, através de interpretação constitucional, dos pesos ou importâncias abstratas de bens, interesses ou valores com ancoragem constitucional. Essa interpretação é, todavia, controlável pelo juiz constitucional.

O momento de descoberta do peso ou da importância abstrata do bem, interesse ou valor - e, concomitantemente, da importância abstrata do fim da sua prossecução - é cumprido logo aquando da conformação do fim pelo legislador, isto é, ainda antes da subsequente aferição dos segmentos da proibição do excesso.

Esta aproximação metódica contrasta com outras que têm curso injustificadamente pacífico. Por exemplo, espelhando uma visão do princípio da proibição do excesso caracterizada pela *macrocefalia* do segmento da proporcionalidade e.s.e., ALEXY sustenta que o primeiro momento lógico em que a variável importância ou peso abstrato assume relevo é a etapa da avaliação da proporcionalidade e.s.e.¹⁵⁰².

Essa perspectiva é refutável do ponto de vista lógico e metódico. No momento da conformação do fim é apurada a importância ou peso abstrato dos bens, interesses ou valores ativos relativamente aos bens, interesses ou valores que hipoteticamente podem com eles concorrer ou colidir¹⁵⁰³. A importância abstrata do bem, interesse ou valor cuja satisfação constitui fim da norma legislativa é um limite externo à

¹⁵⁰¹ Assim, **Barak**, *Proportionality...*, p. 359, referindo-se especificamente aos direitos (distinguindo, porém, a importância e peso *normativo* dos direitos e a sua importância *social*).

¹⁵⁰² Essa orientação é partilhada por outros autores: v. **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 515, considerando a ponderação do peso abstrato o primeiro passo da proporcionalidade e.s.e.

¹⁵⁰³ Parcialmente coincidente, **Šušnjar**, *Proportionality*, pp. 235-236 (notando que o *BVerfG* em alguns contextos considera o peso abstrato na etapa da avaliação da legitimidade do fim).

liberdade de conformação do fim. A importância abstrata é um dos atributos a que o legislador é obrigado a atender na conformação do fim.

3. Limites internos à conformação do fim

Até aqui estudámos limites *jurídicos* à conformação do fim, uma vez que os limites externos decorrem, no essencial, de normas constitucionais que o legislador interpreta e aplica. Os limites *internos* à conformação do fim fluem da própria dinâmica da ponderação e decisão políticas. Ou, por outras palavras, os limites internos são constituídos pelo, e constitutivos do, próprio processo de decisão.

O modo como os limites internos cumprem esse papel constitutivo é difícil de descrever ou delimitar. Mesmo quando o procedimento legislativo é quase integralmente formalizado e obedece a trâmites precisos ou está sujeito a exigências de demonstração da conformidade com certos parâmetros (como sucede com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade no contexto europeu¹⁵⁰⁴), o modo como os conteúdos normativos são adquiridos é insuscetível de redução a uma matriz padronizada. Porém, é plausível que a decisão político-legislativa seja provida de racionalidade. Como escreveu MAX WEBER, o sentido de proporção é uma das preeminentes qualidades do político: a proporção guia os passos do bom político¹⁵⁰⁵.

Funcionam os *racionalizadores automáticos*, que encontraremos e descreveremos noutros passos da metódica da proibição do excesso. Na fase da conformação do fim, os mais importantes racionalizadores automáticos são as vinculações do legislador a concepções de *bem público* decorrentes dos seus compromissos e responsabilidade perante os eleitores e a comunidade em geral, bem como os interesses políticos e eleitorais. Mesmo que isso pareça inconsciente ou irreflexivo, um legislador racional - como o é, tendencialmente, o legislador democrático - pondera as razões derivadas dos efeitos positivos e negativos hipotéticos inerentes à satisfação e interferência em certos bens, interesses ou valores. Isto é, pesa os

¹⁵⁰⁴ Cfr. *supra*, capítulo 2.

¹⁵⁰⁵ Max Weber, *Politik als Beruf* (1919).

ganhos políticos resultantes da satisfação prioritária de bens, interesses ou valores e os eventuais custos políticos decorrentes da não satisfação¹⁵⁰⁶. Nessa ponderação, tem como pano de fundo, mesmo que de modo difuso, as perdas políticas advenientes da interferência em bens, interesses ou valores afetados e os ganhos que seriam virtualmente obtidos com a eventual omissão dessa interferência.

A conformação do fim não é uma simples operação de avaliação e adesão a um fim. Antes envolve já uma atividade ponderativa, em que a concentração primária num fim não obnubila completamente o pano de fundo dos bens, interesses ou valores contrastantes¹⁵⁰⁷.

No domínio do procedimento legislativo há espaço para a realização de operações de ponderação em três momentos lógicos distintos: (i) o momento da conformação do fim; (ii) o momento da aferição da necessidade; (iii) o momento da aferição da proporcionalidade e.s.e. Embora a distinção entre vários momentos ponderativos na metódica da proibição do excesso não seja desconhecida ou inovatória¹⁵⁰⁸, a repartição segundo este figurino não é normalmente sufragada. Neste capítulo interessa apenas o primeiro momento.

Por outro lado, nada obsta a que, além de conceitos como “interesse”, “valor”, “custo”, “benefício”, “suficiente” ou “adequado”, que denotam porventura juízos moralmente neutros, haja também uma penetração de juízos morais, traduzidos nos conceitos de “correto”, “bom” ou “justo”¹⁵⁰⁹. Embora obedeça a preocupações de

¹⁵⁰⁶ Utilizando a linguagem da teoria económica do direito, **Rivers**, «Proportionality...», p. 177, observa que o legislador age quando considera que o estado atual da legislação, em termos da satisfação dos bens, interesses ou valores em causa, está abaixo da *curva de indiferença tal como é por si perspetivada* (o juiz constitucional baseia-se necessariamente numa curva de indiferença menos exigente), isto é, está abaixo da curva que define as soluções mais eficientes de equilíbrio entre os bens, interesses ou valores em causa.

¹⁵⁰⁷ Sem aprofundar, **Alexy** admite que, em última análise, os limites à liberdade de conformação dos fins (*end setting discretion limits*) são definidos através de ponderação. Todavia, não são apenas os limites da liberdade de conformação que resultam de operações de ponderação, mas também, a própria conformação do fim resulta, em parte, de operações de ponderação: **A Theory...**, p. 416, nota; também sem aprofundar, **Rivers**, «Proportionality and Variable...», p. 196, escreve que o primeiro estágio do exame da proporcionalidade (isto é, a fase do exame da legitimidade do fim) representa um exercício rudimentar de *balancing* entre direitos e interesses públicos ao mais alto nível de generalidade.

¹⁵⁰⁸ Ou, visto de outro prisma, da metódica da ponderação de bens, interesses ou valores: v. **Harald Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts...**, pp. 181 ss.

¹⁵⁰⁹ Como veremos, há quem acuse a proibição do excesso de diluir ou ignorar juízos de natureza moral. V., por exemplo, **Webber**, «Proportionality, Balancing...», p. 180. Admitindo a penetração de

racionalidade, a redução desse exercício de ponderação política a um modelo único, reduzido a um logaritmo, é inviável.

Os limites internos à conformação do fim manifestam-se através de quatro variáveis, analiticamente diversas mas umbilicalmente interligadas (tanto que por vezes são inextricáveis): (i) a necessidade externa da realização do fim; (ii) a importância concreta da sua realização; (iii) a intensidade de satisfação; (iv) a relação entre a sua satisfação e os bens, interesses ou valores indiciariamente sacrificáveis. As três últimas variáveis, sujeitas a sucessivos ajustamentos, são decisivas para a aplicação dos três segmentos da proibição do excesso.

3.1. A necessidade da realização do fim

Para além de ser especificado com suficiente consistência, e de estar estabelecida a sua validade face aos parâmetros jurídicos aplicáveis, a prossecução do fim tem de ser tomada pelo legislador como necessária. Um fim pode ser legítimo ou juridicamente válido, mas o legislador entender que a sua prossecução não é concretamente necessária. Trata-se aqui de uma questão de necessidade *externa* ao princípio da proibição do excesso, em contraste com a necessidade *interna*, que integra a estrutura do princípio. A primeira, tem carácter essencialmente político – não sendo, por isso, controlável pelo juiz constitucional – e baseia-se na avaliação que o legislador faz sobre a imperatividade, urgência, oportunidade, relevância ou conveniência política de prossecução de um determinado fim legítimo. A segunda respeita à necessidade de adotar um meio específico em alternativa a outro com qualidade ou intensidade diferentes, com vista à prossecução do fim legítimo considerado necessário e visado pelo legislador. A primeira cai na margem de livre apreciação do legislador; a segunda integra a estrutura da proibição do excesso e está sujeita aos critérios materiais que dela decorrem.

Todavia, há situações em que a necessidade externa não depende de uma avaliação estritamente política. São situações em que da constituição decorre (i) a obrigação

razões morais através do procedimento democrático de produção de normas, **Habermas, *Facticidad y validez...***, p. 274 (“os argumentos relativos a fins [...] podem ter uma grande relevância moral”, *ob. cit.*, p. 275; “a moral no seu papel de critério de *direito correto*, tem a sua sede primária na formação da vontade política do legislador”, *idem*, p. 276)

de prosseguir certo fim, eventualmente usando um tipo específico de meios, ou em que (ii) a prossecução de certos fins com o uso de um tipo específico de meios está sujeita à partida a limites que não decorrem da proibição do excesso.

Como vimos oportunamente¹⁵¹⁰, a jurisprudência constitucional indica que há pelo menos um domínio material em que a questão da fixação pelo legislador da necessidade externa da prossecução de um fim e do uso de um tipo específico de meios para essa prossecução está sujeita a alguns limites não vigentes noutros setores: o domínio do direito penal. Fala-se aí, especificamente, de um princípio da subsidiariedade ou da necessidade da intervenção penal, distinto do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade¹⁵¹¹. Nesses casos, a necessidade externa não é limite interno da liberdade de conformação do legislador, mas limite externo, judicialmente controlável.

3.2. A importância da realização do fim nas circunstâncias concretas

Além da já exposta a propósito da importância abstrata, outra manifestação da *macrocefalia* doutrinal do segmento da proporcionalidade em sentido estrito é a posição de que a *importância da realização* do fim no momento histórico da conceção da norma se fixa aquando da aplicação daquele segmento¹⁵¹². Como demonstração dessa macrocefalização, podemos mais uma vez remeter para a fórmula do peso de ALEXY, votada a reconstruir a operação metódica da proporcionalidade e.s.e.¹⁵¹³.

As colisões normativas que suscitam a ação do legislador são sempre abstratas (são colisões entre normas abstratas) e são respondidas através de normas providas de

¹⁵¹⁰ *Supra*, capítulo 5, 5.3.

¹⁵¹¹ V. *infra*, capítulo 22, 2.1.2.2.

¹⁵¹² Em contrapartida, conceção de sinal contrário é aquela que prescinde da proporcionalidade e.s.e. e esgota a ponderação logo no momento da conformação (ou "justificação da prevalência") do fim: v. na doutrina nacional, **Coutinho**, «Sobre a justificação...», p. 572.

¹⁵¹³ Aqui basta a versão reduzida, em que I_j representa a concreta importância de satisfazer P_j , isto é, o princípio (*rectius*, o bem, interesse ou valor) que o legislador pretende satisfazer com a medida legislativa:

$W_{ij} = I_i / I_j$

Embora **Alexy** não o explicita, o modo como apresenta a fórmula do peso indicia que considera que as variáveis que a compõem são definidas no contexto da proporcionalidade e.s.e.

abstração. Mas as circunstâncias e o momento em que o legislador decide enfrentar uma colisão normativa abstrata são concretos, estão localizados no tempo e são caracterizados por um contexto específico. Esse contexto específico influencia decisivamente a fixação da *importância da satisfação do fim*. Daí falar-se de importância *concreta* do fim. É nesta etapa de conformação do fim que se processa a determinação da importância do fim de satisfação dos bens, interesses ou valores visados, no *contexto concreto* em que o legislador delibera. Isso requer a *ponderação das razões* que justificam e que desaconselham a prossecução concreta do fim. Como assinalámos, é nesta fase de deliberação que se consuma o primeiro momento ponderativo.

As razões reportam-se, designadamente, ao seguinte: (i) o tipo de fim, de acordo com os critérios enunciados, com especial relevo para a sua estrutura deôntica (*proibido, prescrito ou permitido*); (ii) a importância abstrata dos bens, interesses ou valores cuja promoção constitui o fim; (iii) os resultados da ponderação política; (iv) eventualmente, a urgência ou premência da prossecução do fim imediato e da resolução da colisão normativa¹⁵¹⁴.

Se o legislador, apesar da insuficiência das razões, insistir na prossecução de um fim insuficientemente importante, não corre, apesar disso, o risco de a norma legislativa ser invalidada pelo juiz constitucional *simplesmente por o fim ser insuficientemente importante*. Por outro lado, também não é forçoso que essa norma colapse ulteriormente perante o segmento da proporcionalidade e.s.e.

¹⁵¹⁴ A urgência pode ser um dos aspetos a considerar no momento da ponderação pelo legislador da importância de satisfação ou de proteção do bem, interesse ou valor: a urgência ou premência confere teoricamente maior importância. Um fim urgente pode implicar um grau de satisfação visado mais circunscrito. Sobre a questão de saber se a urgência é um aspeto a atender no momento da verificação da legitimidade ou propriedade do fim ou no momento da verificação da proporcionalidade e.s.e., **Barak, *Proportionality***..., pp. 277 ss. (pronunciando-se, corretamente, pela eventualidade de apreciação da urgência em *ambos* os momentos). A questão da urgência é tratada de forma diferente de ordenamento para ordenamento. No Canadá, por exemplo, de acordo com a *Charter of Rights and Freedoms*, o fim que justifica a interferência no direito fundamental (qualquer um) deve ser sempre "*pressing and substantial*", isto é, urgente e substancial, mas a jurisprudência tem estabelecido graduações. Diferentemente, nos EUA, como se viu (*supra*, capítulo 3), não há um critério uniforme de urgência ou quão *pressing* é o fim visado.

3.3. A intensidade desejada de satisfação do fim

A *intensidade de satisfação* visada é obviamente incindível da avaliação da importância concreta do fim.

A intensidade de satisfação coincide com o *acréscimo marginal de satisfação* (ou de *proteção*, ou de *fomento*) de um bem, interesse ou valor que se pretende obter.

As razões que qualificam a importância concreta do fim fundamentam também a definição pelo legislador da intensidade de satisfação visada. Todavia, não há correspondência imediata e automática entre o impacto das razões na qualificação da importância do fim e na intensidade de satisfação desse fim. Pode haver muito boas razões para a prossecução do fim (sendo, por isso, muito importante), mas essas razões serem apenas suficientes para uma dada intensidade de satisfação. Por exemplo, o legislador pode definir como fim muito importante o fim imediato de combate ao consumo do tabaco, tendo em vista o fim mais mediato da proteção da vida e saúde. Mas as boas razões que têm força para sustentar a elevada importância do fim, podem não ter força suficiente para fundar a intensidade máxima de satisfação desse fim – eventualmente a irradicação total do consumo de tabaco –, mas apenas para uma intensidade de satisfação menos ambiciosa – por exemplo, a simples moderação do consumo.

A intensidade de satisfação visada depende primordialmente da importância atribuída ao fim. Mas não apenas. No exercício da sua liberdade de conformação quanto ao grau de satisfação pretendido, o legislador tem de ter em conta outras razões e argumentos: (i) a comportabilidade financeira; (ii) a fiabilidade das premissas empíricas quanto à possibilidade de se atingir essa intensidade de satisfação.

3.4. A relação entre o fim e os bens, interesses ou valores indiciariamente sacrificáveis

Na determinação da importância da satisfação do fim, o legislador pondera, entre outras razões, os custos e benefícios políticos inerentes à promoção desse fim. Contrapesa, pois, os ganhos políticos resultantes da proteção de bens, interesses e

valores e os eventuais custos políticos decorrentes da não proteção, sem se poder abstrair das perdas políticas advenientes da interferência em outros bens, interesses ou valores e dos ganhos obtidos com a eventual omissão dessa interferência. Nesta fase, o legislador foca-se essencialmente no fim, que ocupa o primeiro plano, mas tem já forçosamente uma noção, difusa, indiciária ou preliminar, do contraste ou do necessário impacto em outros bens, interesses ou valores contraditórios que poderão ser objeto de interferência. Isso é suficiente para poder estabelecer uma relação de precedência entre os vários bens, interesses e valores.

Nove

A INTERFERÊNCIA EM BENS, INTERESSES OU VALORES

1. Intervenção, interferência

Conceito operativo fundamental para a teoria da proibição do excesso é o conceito de interferência. Importa relacioná-lo com outros dois: (i) intervenção e (ii) restrição.

1.1. Intervenção

Intervenção legislativa, ou *lei interventiva*, é toda aquela que se repercute em bens, interesses ou valores cobertos pelo âmbito de proteção de uma norma constitucional, estejam eles subjetivamente titulados ou não.

Não deve confundir-se esta noção com aquela que resulta do chamado pensamento ou esquema da "intervenção e limites"¹⁵¹⁵. Neste último contexto, o conceito de intervenção tem uma conotação própria, coincidente com a afetação de um direito¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁵ Expressão em voga na doutrina alemã (*Eingriffs- und Schrankendenkens*), imputada a Häberle, *Die Wesengehaltsgarantie...*, cit. (1.^a ed. em 1962). Os três passos do referido esquema consistem na delimitação do âmbito de proteção, intervenção e justificação (da intervenção): Borowski, *La estructura...*, p. 120.

¹⁵¹⁶ Na doutrina alemã, distingue-se entre uma aceção *clássica* e uma aceção *moderna* de intervenção (ou uma aceção restrita e uma aceção ampla). Na primeira, constitui intervenção a atuação do Estado que afete bens protegidos por um direito de defesa em termos finais, imediatos e com forma jurídica. Na segunda, toda e qualquer atuação estatal que afete os bens protegidos por um direito fundamental representa uma intervenção nesse direito: nestes termos, Borowski, *La estructura...*, pp. 121-122; Gavara de Cara, *Derechos fundamentales...*, pp. 162 ss., 204.

Aqui atribuímos-lhe um significado mais lato. Intervenção legislativa consiste na produção de norma legislativa que tenha por objeto quaisquer bens, interesses ou valores, entre os quais posições jurídicas subjetivas decorrentes de direitos fundamentais, promovendo a sua satisfação ou, ao invés, sacrificando-os, suprimindo-os, reduzindo-os ou, em geral afetando-os desvantajosamente. Algumas intervenções legislativas não estão sujeitas ao princípio da proibição do excesso. Sujeitas a este princípio estão apenas interferências em bens, interesses ou valores e não todas.

1.2. Interferência

Em vão extraímos um significado unívoco do conceito de interferência dos usos episódicos que o Tribunal Constitucional¹⁵¹⁷, a Constituição (artigo 46.º, n.º 2) ou a doutrina nacional fazem dele. Na jurisprudência internacional dos direitos humanos¹⁵¹⁸, na doutrina estrangeira (particularmente em língua inglesa)¹⁵¹⁹ e em normas constitucionais de outros ordenamentos¹⁵²⁰, é mais vulgar, mas nem por isso mais trabalhado e elucidado.

A noção de interferência legislativa, tal como a empregamos ao longo do presente trabalho, é (i) mais restrita do que intervenção legislativa, é (ii) mais ampla do que restrição, suspensão, limite, ou limitação de direitos e (iii) não se confina aos bens, interesses ou valores com encabeçamento subjetivo, designadamente direitos

¹⁵¹⁷ V. Acórdão n.º 289/92 do Tribunal Constitucional, aludindo a interferências estatais no direito à greve.

¹⁵¹⁸ Designadamente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: v., por exemplo, a decisão Mateus e Januário vs. Portugal, acessível através de [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{\"itemid\":\[\"001-128106\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{\).

¹⁵¹⁹ Alguns exemplos: **Alexy**, *A Theory...*, p. 418, *passim*; **Tsakyarakis**, «Proportionality...», p. 474, *passim*; **Klatt / Meister**, *The Constitutional...*, *passim*; **Meyerson**, «Why courts should not balance...», p. 806, *passim*; **Möller**, «Proportionality and Rights...», p. 155; **Engle**, «The History...», p. 8; **Christoffersen**, *Fair Balance: Proportionality...*, p. 208, *passim*; **Šušnjar**, *Proportionality*, p. 206, *passim*; **Allan**, «Democracy...», p. 222. Essa foi também a opção dos tradutores da obra de **Canaris**, *Direitos Fundamentais...*, p. 48, com o mesmo significado de intervenção, o conceito mais usado, e de **Maribel Pascual**, *El Tribunal...*, p. 161, *passim*.

¹⁵²⁰ No contexto da Lei Fundamental alemã a expressão "*eingegriffen*", usada no artigo 2.º, 2 e "*Eingriffe*", empregue no artigo 13.º, 7 (a par de *Beschränkungen*) pode traduzir-se como interferência (cfr. a tradução em inglês promovida pelo Bundestag, da autoria de Tomuschat/Currie/Kommers).

fundamentais e, dentro destes, direitos liberdades e garantias (iv) nem aos bens, interesses ou valores com direta credenciação constitucional. Interferência é *qualquer intervenção legislativa que sacrifique, suprima, reduza ou, em geral, afete desvantajosamente bens, interesses ou valores*.

Com esta extensão, a noção de interferência é o conceito operacional que empregamos na doutrina dos instrumentos de mediação de operações de harmonização pelo legislador.

Todavia, quando nos referimos especificamente à doutrina da proibição do excesso, incluindo a doutrina dos respetivos pressupostos da aplicabilidade, temos de delimitar as interferências que interessam. Nem todo e qualquer interferência em bens, interesses ou valores está sujeita à proibição do excesso. É tema de desenvolveremos em próximos capítulos¹⁵²¹. Não sendo o momento de desvendar as conclusões a que chegaremos, importa apenas antecipar que estão em causa, *pelo menos*, as interferências em direitos, liberdades e garantias.

A densificação da noção abrangente de *interferência em direitos, liberdades e garantias*¹⁵²² estaria facilitada se pudéssemos remeter para outros conceitos suficientemente estabelecidos. Mas essa estratégia expositiva assegura apenas sucesso parcial. Os conceitos para que se pode remeter com vista à densificação de interferência legislativa em direitos, liberdades e garantias são o de instituição de *dever autónomo*, o de *suspensão* do exercício de direitos, liberdades e garantias ou o de *restrição* ou *limitação* desses direitos. Ora, não obstante todos estes conceitos

¹⁵²¹ Particularmente, capítulo 11.

¹⁵²² A doutrina portuguesa tende a prescindir de um termo abrangente de todas as afetações de direitos. **Alexandrino, A Estruturação...**, pp. 434, 631, assinala que, a haver um termo mais abrangente, a inclinação da maior parte da doutrina seria para limite ou, mais circunscritamente, limitações (Paulo Otero) ou restrições (Novais). Ele próprio propõe o termo *afetações* em **Direitos Fundamentais...**, p. 113.

serem bem conhecidos da jurisprudência e da doutrina¹⁵²³ e quase todos empregues pela Constituição¹⁵²⁴, nenhum deles está livre de controvérsia. Especialmente relevante do ponto de vista teórico, dogmático, do regime constitucional e da "estatística" jurisprudencial e, por isso mesmo, o mais

¹⁵²³ V., entre a extensa doutrina disponível no panorama nacional, **Mendes**, «Direitos...»; **Miranda**, *Relatório...*; idem, *Manual...*, tomo IV, 5.^a ed., especialmente pp. 341 ss., 408 ss.; **Miranda/Medeiros**, *Constituição Portuguesa...*, especialmente pp. 310 ss. (anotação ao artigo 18.^o por Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva); **Nuno e Sousa**, *A Liberdade de Imprensa*, pp. 255 ss.; **Pinheiro**, «Restrições de Direitos Liberdades e Garantias», *cit.*; **Canotilho**, *Direito Constitucional...*, 7.^a ed., pp. 1261 ss.; **Andrade**, *Os Direitos...*, 5.^a ed., pp. 263 ss.; **Vaz**, *Lei...*, pp. 311 ss.; **André Salgado de Matos**, «Recurso hierárquico necessário e regime material dos direitos, liberdades e garantias», especialmente pp. 88 ss.; **Novais**, *As restrições...*; **Gouveia**, *O Estado de Excepção...*, vários locais, particularmente vol. II, pp. 1356 ss.; **Medeiros**, «O Estado de Direitos Fundamentais português: alcance, limites e desafios», in *Anuário Português de Direito Constitucional*, II (2002), pp. 23 ss.; **Jorge Pereira da Silva**, *Dever de legislar...*; **Alexandrino**, *A estruturação do sistema...*, pp. 424 ss.; idem, *Direitos Fundamentais...*, pp. 113 ss.; **Nabais**, *Por uma Liberdade ...*, pp. 23 ss.; **Sérvulo Correia**, *Direito de Manifestação...*; **Batista**, *Os Direitos ...*; **Jónatas Machado**, *Liberdade de Expressão...*, pp. 708 ss.; **Blanco de Moraes**, «Os Direitos...»; idem, *Direito Constitucional II ...*, pp. 83 ss.; **David Duarte**, *A Norma...*, pp. 743 ss.; **Baptista**, *Os Direitos ...*, pp. 159 ss.; **Queiroz**, *Direitos...*, pp. 247 ss.; **Egídio**, «Análise da Estrutura ...»; **Coutinho**, «Sobre a Justificação das Restrições ...». Com interesse para a leitura do quadro constitucional português, avulta a doutrina alemã. Entre muitos, **Lerche**, *Übermass*; idem, *Grundrechtlichen Schutzbereich...*; **Bethge**, «Der Grundrechtseingriff», pp. 7 ss.; **Eckhoff**, *Der Grundrechtseingriff*, *cit.*; **Gallwas**, *Faktische Beeinträchtigungen...*; **F. Müller**, *Die Positivität...*; **Häberle**, *Die Wesensgehaltsgarantie...*; **Karl August Bettermann**, *Grenzen der Grundrechte*; **Alexy**, *Theory...*; **Bleckmann**, *Staatsrecht II...*, pp. 323 ss.; **Lübbe-Wolff**, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte...*, *cit.*; **Wolfram Höfling**, «Demokratische Grundrechte – Zu Bedeutungsgehalt und Erklärungswert einer dogmatischen Kategorie», in *Der Staat* 33 (1994), pp. 493 ss.; **Borowski**, *Grundrechte...*; idem, *La estructura de los derechos...*; idem, «La restricción de los derechos fundamentales», *cit.*; **Sieckmann**, *Modelle des Eigentumsschutzes...*, *cit.*; **Raabe**, *Grundrechte und Erkenntnis...*, *cit.*; **Jestaedt**, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz...*, *cit.*; **von Arnould**, *Die Freiheitsrechte ...*; **Sachs**, *Verfassungsrecht II...*, pp. 90 ss.; **Pieroth/Schlink**, *Direitos Fundamentais...*; **Ernst-Wolfgang Böckenförde**, «Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken ...», *cit.*; **Michael Holoubek**, «Der Grundrechtseingriff - Überlegungen zu einer grundrechtsdogmatischen Figur im Wandel», in *Merten/Papier, Grundfragen der Grundrechtsdogmatik*, C. F. Müller, Heidelberg, 2007, pp. 17 ss.; **Christian Starck**, *Jurisdicción constitucional y Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010.

Pardo, «La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales...»; **Gavara de Cara**, *Derechos fundamentales...*; **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*; idem, «O conteúdo essencial...»; **Cianciardo**, *Los limites de los derechos fundamentales...*; **Pulido**, *El principio...*; **Antonio-Luis Martinez Pujalte /Tomás de Domingo**, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general*, Editora Comares, Granada, 2011; **Luis Prieto Sanchís**, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*.

¹⁵²⁴ *Restrição*, artigos 18.^o, n.ºs 2 e 3, 26.^o, n.º 4, 47.^o, n.º 1, 150.^o, 164.^o, alínea o), 270.^o; *suspensão do exercício de direitos*, artigo 19.^o; *limitação*, artigo 46.^o, n.º 2.

importante e mais crítico componente da noção de interferência em direitos, liberdades e garantias, é o conceito de restrição a que dedicaremos a parte remanescente deste capítulo.

2. A "fuga" ao conceito de restrição

2.1. O lastro histórico

A discussão na doutrina e na jurisprudência nacionais sobre o sentido e alcance dos conceitos até aqui mencionados e, especificamente, do conceito de restrição, tem sido condicionada pela norma constitucional extraída da primeira parte do artigo 18.º, n.º 2: "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição".

Esta disposição é apenas uma das demonstrações do particular cuidado com que o legislador constitucional abordou o tema das restrições àqueles direitos¹⁵²⁵. Lendo o artigo 18.º, n.ºs. 2 e 3, encontramos outras: reserva de lei; confinamento dos fins das restrições à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; carácter geral e abstrato das restrições; irretroatividade das restrições; proibição da diminuição da extensão e do alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

As cautelas contrastam significativamente com o que se passa noutras ordens jurídicas, nacionais, supranacionais ou internacionais. Por motivos históricos e conjunturais, a Constituição portuguesa inclui um regime de restrições dos direitos nominalmente mais apertado do que outras dos mesmos tempo e cultura políticos. Historicamente, pesou a tradição que já vinha da Constituição de 1911¹⁵²⁶. Histórica e conjunturalmente, pesou também o lastro da Constituição de 1933. Daí resultou que o legislador constituinte de 1976 adotasse regras gerais *sobre*

¹⁵²⁵ Para alguns autores, apesar de o preceito ser textualmente aplicável aos direitos, liberdades e garantias, ele é extensível a todos os direitos fundamentais: cfr. **Novais, *As restrições...***, designadamente prefácio à 2.ª edição e ***Direitos Sociais...***, pp. 246, 249, 282, 289, 292, 318, entre outros locais.

¹⁵²⁶ Artigo 3.º, n.º 38.º: "Nenhum dos Poderes do Estado pode, separada ou conjuntamente suspender a Constituição ou *restringir os direitos nela consignados, salvo nos casos na mesma taxativamente expressos*" (itálico aditado).

restrições, mas excluísse uma cláusula geral *de* restrições que pudesse sequer fazer regressar a memória da cláusula geral de limites ao exercício dos direitos do artigo 8.º, § 1.º da Constituição de 1933 (proibição de ofensa dos direitos de terceiros, de lesão dos interesses da sociedade ou dos princípios da moral)¹⁵²⁷. Por outro lado, o legislador constituinte foi parcimonioso na definição do sistema de reservas, fugindo às reservas-alçapão do estilo das dos parágrafos 2.º, 3.º e 4.º daquele artigo¹⁵²⁸. No entanto, como o demonstram abundantemente outras constituições democráticas e instrumentos internacionais de direitos que incluem cláusulas gerais de restrições¹⁵²⁹, o que é perigoso para os direitos não é a consagração de uma

¹⁵²⁷ A Constituição portuguesa adota um *modelo misto* de regime de restrições de direitos, liberdades e garantias: o artigo 18.º, n.º 2, incorpora uma cláusula geral que exclui restrições, exceto em casos de reserva específica de restrição. Em direito comparado, há, *mutatis mutandis*, três modelos *puros*: (i) o modelo da Constituição americana, onde as normas sobre direitos (designadamente os da Primeira Emenda) nada dizem sobre restrições, levando parte da doutrina constitucional a recusá-las ou a atribuir-lhes um âmbito restrito e consentindo uma aplicação categorial, absoluta, à maneira das regras; (ii) o modelo da cláusula especial, em que cada norma de direitos define o seu âmbito, mas também os fundamentos que podem fundar a sua restrição; (iii) o modelo da cláusula geral, que estabelece condições aplicáveis a todos os direitos. Dentro do modelo da cláusula geral, há uma bifurcação entre os casos em que as restrições são permitidas com fins determinados (saúde pública, moral, segurança, etc.) e os casos de referência genérica e aberta a fins (fins compatíveis com uma sociedade aberta e livre, por exemplo): v. **Kumm**, «Political liberalism...», pp. 134 ss.; *idem*, «Democracy is not enough...», pp. 9 ss.; **Gardbaum**, «Limiting Constitutional Rights», pp. 10 ss.; **Webber**, *The Negotiable Constitution...*, pp. 2 ss., 59 ss.; **Barak**, *Proportionality...*, pp. 260 e ss.

¹⁵²⁸ A Constituição inclui *cláusulas especiais*, que se definem como normas permissivas de restrições (o legislador pode ou não produzir normas legislativas restritivas de direitos, liberdades e garantias com vista à prossecução dos fins especificamente previstos naquelas cláusulas) e simultaneamente como comandos específicos de harmonização, caso o legislador use a permissão de restrição. V., por exemplo, artigos 46.º, n.º 1, liberdade de associação; 47.º, n.º 1, direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho; 50.º, n.º 3, direito de acesso a cargos públicos eletivos; 118.º, n.º 2, possibilidade de introdução de limites à renovação sucessiva de mandatos dos titulares de cargos políticos executivos. O mesmo sucede em alguns tratados internacionais sobre direitos e outros textos constitucionais (v. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, por exemplo, artigos 8.º, n.º 2, 9.º, n.º 2, 10.º, n.º 2, 11.º, n.º 2; Lei fundamental alemã, por exemplo, artigos 2.º, n.º 2, 5.º, n.º 2; Constituição espanhola, de 1978, por exemplo, artigo 16.º, n.º 1).

¹⁵²⁹ Consagram cláusulas gerais de restrições ou limites, designadamente:

- artigo 29.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (*“No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.”*);
- artigo 4.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966 (*“Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, no gozo dos direitos assegurados pelo Estado, em conformidade com o presente Pacto, o Estado só pode submeter esses direitos às limitações estabelecidas pela lei, unicamente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o fim de promover o bem-estar geral numa sociedade democrática.”*);
- artigo XXVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948 (*“Os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático”*);

cláusula desse tipo, mas sim a existência de regimes políticos que delas façam mau uso.

Paradoxalmente, a cautela revelou-se tão excessiva quanto inconsequente. Ao longo de décadas de vigência da Constituição, norma legislativa atrás de norma legislativa, decisão jurisdicional atrás de decisão jurisdicional, posição doutrinária atrás de posição doutrinária, "conspiraram" contra a aplicação plena desse regime constitucional. Na verdade, a realidade constitucional desafia abertamente estes espartilhos: há direitos que estão constitucionalmente consagrados sem reserva, mas que entram inevitavelmente em conflito ou colisão com outros bens, interesses ou valores constitucionais, tornando necessária a sua superação, com inevitável diminuição da energia normativa ou com sacrifício de alguns ou de todos; há bens, interesses ou valores sem âncora direta na Constituição que justificam a limitação de direitos fundamentais; há conflitos ou colisões que têm de ser resolvidos através de outros instrumentos normativos que não a lei, ou até mediante a prática de atos individuais e concretos; há até situações em que não é possível discernir qual o núcleo essencial de um direito.

- artigo 52.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (*"Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros."*);

- Parte I, n.º 1, da Carta dos Direitos e Liberdades do Canadá, de 1982 (*"The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society"*);

- artigo 36.º da Constituição sul-africana de 1996 (*"The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom..."*);

- artigo 31.º, n.º 3, da Constituição polaca, de 1997 (*"Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights"*).

V., também, a secção 5 da Carta dos Direitos da Nova Zelândia; *Human Rights Act 2004* (Australian Capital Territory), secção 28 (1); *Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006* (Victoria, Austrália), secção 7 (2). Mesmo no contexto da CEDH tem-se notado que o sistema original de cláusulas de limites específicas e diferenciadas vem sendo gradualmente substituído, na prática, por uma cláusula geral de limites semelhante à do artigo 29.º, n.º 2, da DUDH (cfr., crítico, **Van Drooghenbroeck, La proportionnalité...**, p. 155).

2.2. As vias de fuga ao conceito e ao regime da restrição de direitos

Estes espartilhos constitucionais têm induzido a maioria da doutrina e boa parte da jurisprudência constitucional portuguesas a um movimento geral de fuga ao conceito de restrição de direitos (ou de alteração do seu sentido¹⁵³⁰), de redução da aplicabilidade do respetivo regime ou até mesmo de superação de alguns dos preceitos constitucionais que estabelecem limites às restrições.

Tal movimento assumiu particular acuidade no tocante ao principal ponto de bloqueio, a exigência de permissão constitucional expressa das restrições, constante do artigo 18.º, n.º 2. O recurso ao artigo 29.º, n.º 2, da DUDH como fundamento autónomo de restrições foi inicialmente testado pelo Tribunal Constitucional¹⁵³¹, mas não foi bem acolhido por um setor relevante da doutrina¹⁵³², pelo que esmoreceu. Optou-se, em alternativa, pela *fuga* ao conceito de restrição, apenas aqui e ali contrariada por algumas vozes dissonantes. Nominalmente, não se *reduz* ou *suprime* o sentido normativo do artigo 18.º, n.º 2. Em alguns casos parte-se até da sua *relevância absoluta*, noutros defende-se a sua *(ir)relevância apenas relativa*¹⁵³³. Todavia, adota-se um conceito *restritivo* de *restrições* de direitos e recorre-se a uma miríade de figuras afins, não sujeitas ao regime constitucional (ou a parte dele) das restrições, o que se traduz na *real* redução ou desconsideração do sentido normativo daquele preceito, compreendendo-se, portanto, o aparecimento de teses que concluem pela sua *irrelevância absoluta*.

As divergências de base quanto à relevância ou efetividade da norma do artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, não perturbaram a formação de um consenso tácito

¹⁵³⁰ Movimento eventualmmente não exclusivo de Portugal. Na Alemanha fala-se de *figura em transformação*: **Holoubek**, «Der Grundrechtseingriff - Überlegungen zu einer grundrechtsdogmatischen Figur im Wandel...», *cit*.

¹⁵³¹ Cfr. o muito criticado acórdão n.º 6/84 (caso da "barba crescida de um dia e bigode") e o acórdão n.º 198/85; **Nabais**, *Por uma Liberdade* ..., p. 26.

¹⁵³² A hipótese fora sugerida logo no início da década de 1980 por **Sousa**, *A Liberdade de Imprensa...*, p. 264, mas, como veremos adiante, foi sempre objeto de controvérsia, continuando a haver ainda hoje forte divisão na doutrina entre quem admite que o artigo 29.º (2) da DUDH pode ser usado como fundamento de uma cláusula geral de limites ou de restrições e quem entenda que o preceito só pode ser usado como cláusula de limites aos limites

¹⁵³³ **Alexandrino**, *A Estruturação...*, p. 443; *idem*, *Direitos...*, p. 130.

alargado¹⁵³⁴ de reiterada desaplicação daquela norma na sua interpretação mais óbvia, o que, em última análise, se traduz na sua *caducidade*. Como se referiu, a um regime restritivo das restrições, a doutrina e a jurisprudência têm oposto uma interpretação minimalista daquele regime, em boa parte materializada em estratégias de fuga ao conceito de restrição e na busca de *outra coisa*¹⁵³⁵ que permita ao legislador intervir nos direitos escapando ao regime das restrições, designadamente à exigência de disposição constitucional habilitadora expressa e à aplicação do princípio da proibição do excesso.

Foram testadas várias vias, que apenas podemos apresentar e apreciar sumariamente. Quase invariavelmente, essas vias assentam na importação de quadros teóricos concebidos ou desenvolvidos pela doutrina alemã¹⁵³⁶, também ela a braços com a ausência de uma cláusula geral de restrições ou de limites dos direitos e com um sistema complexo e diferenciado de reservas de restrição, variando entre a ausência de reserva e a consagração de reservas simples ou qualificadas. Focaremos de seguida as seguintes linhas doutrinárias e jurisprudenciais: (i) interpretação restritiva do âmbito de proteção do direito; (ii) aplicação da teoria dos limites imanentes; (iii) distinção entre resolução de conflitos ou colisões de direitos e restrição de direitos; (iv) distinção entre limite ao exercício e restrição de direitos; (v) exclusão da aplicabilidade do conceito de restrição em certos domínios.

¹⁵³⁴ Nesse consenso participam desde perspectivas "militantes" de crítica ao texto constitucional, como a de **Pedro Soares Martinez, *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976***, Verbo, Lisboa, 1978, p. 33 ("se a restrição dos direitos e liberdades tivesse de ser prevista expressamente na Constituição, esta havia de conter muitos milhares de artigos"), até incondicionais defensores do espírito constitucional.

¹⁵³⁵ A elucidativa expressão é de **Andrade, *Os Direitos...***, p. 269.

¹⁵³⁶ V. sobre isso, por todos, **Novais, *As restrições...***, p. 172.

2.2.1. A interpretação restritiva do âmbito de proteção da norma de direitos

Texto e norma não são a mesma coisa, mas não são cindíveis¹⁵³⁷. A delimitação do âmbito de proteção (*factispecies, Tatbestand*) da norma jusfundamental é o objetivo da operação de atribuição de sentido (*Sinngebung*) ao *texto* constitucional. Visa-se determinar o *objeto de proteção*, definido em função da previsão da norma e do bem, interesse ou valor tutelado, isto é, dos respetivos *limites*¹⁵³⁸.

O conceito de limite é controverso e empregue em numerosas aceções¹⁵³⁹. Sendo uma expressão proveniente de outros domínios do saber (geografia, cartografia) é natural o recurso a imagens: o limite pode ser entendido como a fronteira, a demarcação, a extrema, a linha divisória imaginária que separa o que *é protegido* pelo direito - as posições jurídicas subjetivas reconhecidas e tuteladas - e o que fica *fora* do âmbito protetor do direito. Numa linguagem mais técnico-jurídica, os limites *internos* (ou *intrínsecos*)¹⁵⁴⁰ constam das normas constitucionais que definem o objeto de proteção. Este, em última análise, desdobra-se em posições jurídicas subjetivas protegidas. É incontornável que cada direito tem o seu âmbito de proteção, tem os seus *limites internos*, qualquer que seja a forma como os designamos, fixados pela constituição¹⁵⁴¹.

Insofismável é, por outro lado, que o legislador e outras entidades, por força da aplicabilidade direta e da vinculatividade - ou *acesso* direto aos direitos -, têm o poder e o dever de interpretar as normas dos direitos, identificando aqueles limites.

¹⁵³⁷ **Streck**, «Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*)...», p. 1.

¹⁵³⁸ **Gavara de Cara, *Derechos fundamentales*...**, p. 205; **Barak, *Proportionality*...**, pp. 33 ss.

¹⁵³⁹ Cfr. a aprofundada discussão e apresentação das várias aceções em **Alexandrino, *A Estruturação*...**, pp. 457 ss.; **Barak, *Proportionality*...**, pp. 32 ss.

¹⁵⁴⁰ Para a explicação da distinção entre limites internos e externos tal como no texto, v. também **Gavara de Cara, *Derechos fundamentales*...**, pp. 167 ss.

¹⁵⁴¹ A posição do texto afasta-se, designadamente, das orientações que sustentam que conteúdo e limites do direito são coisas distintas: v., por exemplo, **Gavara de Cara, *Derechos fundamentales*...**, p. 277 (criticando, na circunstância, a doutrina de Häberle na parte em que defende que o conteúdo dos direitos é definido através dos respetivos limites imanentes, delimitados através de ponderação).

Saber se esses limites do direito, tal como perfilados na constituição e desvendados através da respetiva interpretação¹⁵⁴², são os limites definitivos ou são apenas ideais ou *prima facie*, podendo ser conformados supervenientemente com sentido restritivo, depende de se se adere a teorias internas ou externas, que estudaremos mais adiante.

Com particular incidência nas zonas de penumbra ou de fronteira - os *casos difíceis*¹⁵⁴³ -, a delimitação do âmbito de proteção pode realizar-se de acordo com teorias *alargadas* ou *restritivas*¹⁵⁴⁴. Pelas primeiras, todas as condutas que façam parte do "âmbito temático" de um determinado direito fundamental devem ser consideradas abrangidas pelo seu âmbito de proteção¹⁵⁴⁵. Pelas segundas, interpreta-se restritivamente o conteúdo e as posições jurídicas subjetivas que o direito idealmente tutela, isto é, o âmbito de proteção ideal ou potencial ou o conteúdo *prima facie*¹⁵⁴⁶.

As conceções incondicionalmente alargadas suscitam críticas¹⁵⁴⁷, algumas ponderosas e merecedoras de atenção. Mas a interpretação restritiva do âmbito de

¹⁵⁴² Pode debater-se se a delimitação dos limites internos é suscetível de operações de *balancing* que de alguma forma permitam a sua flexibilização ou relativização. A resposta é tendencialmente negativa. Por exemplo, quando o artigo 45.º, n.º 1, estabelece um limite interno ao direito de reunião ("Os cidadãos têm o direito de se reunir, *pacificamente e sem armas*", sublinhado aditado), a vedação do uso de armas é absoluto e não sujeito a ponderação: cfr. **Barak, Proportionality**..., p. 36.

¹⁵⁴³ Ou casos *atuais* de direitos fundamentais (contrapostos a *faceis* ou *potenciais*), na terminologia de **Borowski, La estructura**..., pp. 137 ss.

¹⁵⁴⁴ **Borowski, La estructura**..., p. 133.

¹⁵⁴⁵ Usamos a formulação de **Virgílio Afonso da Silva, Direitos Fundamentais**..., p. 109. Adeptos das teorias alargadas: **Alexy, Theorie**..., pp. 278 ss.; **Borowski, Grundrechte**..., *passim*; *idem, La estructura*..., *passim*; **Virgílio Afonso da Silva, ob. cit.**, pp. 138 ss.; **Möller, «Proportionality...», cit.**; **Barak, Proportionality**..., pp. 75 ss. Na doutrina nacional a teoria alargada do *Tatbestand* tem adeptos: **Canotilho, Direito**..., 7.ª ed., p. 1281 ss.; **Duarte, A norma**..., pp. 750 ss.; **Egídio, «Análise da Estrutura...», p. 631**. Eventualmente, também **Sérvulo Correia, O Direito de Manifestação**..., p. 32; por seu turno, **Baptista, Os Direitos**..., p. 160, mostra preferência por uma "abordagem ampla, mas sem aderir ao extremo da tese do âmbito potencial máximo" de **Alexy**. Aparentemente no mesmo sentido, **Miranda/Medeiros, Constituição**...I, 2.ª ed., p. 346.

¹⁵⁴⁶ Defensores das teorias estritas do âmbito de proteção (com fundamentos diversos), **Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht**, 29.ª ed, 1994, p. 144; **F. Müller, Die Positivität...**; **Van Drooghenbroeck, La proportionnalité**..., pp. 157 ss. Em Portugal, **Andrade, Os Direitos**..., p. 266; **Novais, As restrições**..., pp. 370, 390 ss. (defendendo uma conceção *restritiva mitigada*, *ob. cit.*, p. 427; note-se, porém, que em **Direitos fundamentais**..., pp. 99 ss., passa a classificar a sua posição como ampliativa mitigada, mas as limitações que introduz aproximam-na de facto de uma conceção restritiva mitigada).

¹⁵⁴⁷ **Borowski, La estructura**..., pp. 134 ss., discute alguns dos argumentos contra as teorias amplas ou alargadas da previsão: "défice de honestidade", amplitude excessiva, cobrindo manifestações absurdas do "direito", quebra da segurança jurídica, aumento artificial das colisões com a

proteção do direito favorece a estratégia de fuga ao conceito (e ao regime limitativo) das restrições: quanto mais *restritiva* for essa interpretação, menos oportunidade/necessidade haverá de introduzir restrições através de lei e menos se colocará a necessidade quer de habilitação constitucional expressa para a restrição quer de superação do crivo da proibição do excesso¹⁵⁴⁸. De um certo ponto de vista, pode dizer-se que as restrições ao direito *começam na própria interpretação* do seu âmbito e conteúdo.

2.2.2. A aplicação da teoria dos limites imanentes

A estratégia de contorno do espartilho constitucional da exigência da previsão expressa das restrições, ganha acutilância se as teoria restritivas do âmbito de proteção forem acompanhadas pela adesão às teorias internas e aos limites imanentes, seu subproduto¹⁵⁴⁹.

A descrição da relação entre os direitos e os seus limites ou restrições, pode fazer-se de acordo com a teoria externa ou a teoria interna¹⁵⁵⁰. *Grosso modo*, a primeira supõe a existência de dois patamares normativos diversos, o direito em si e as suas restrições, impostas por um ato externo e não por simples interpretação da norma jusfundamental. Distingue-se, assim, um âmbito de proteção inicial, ideal, não definitivo ou *prima facie* e um âmbito de proteção real, efetivo ou definitivo, que fica delimitado após uma restrição válida¹⁵⁵¹. Em contrapartida, a teoria interna¹⁵⁵²

consequência de um acréscimo incontrolado do poder do juiz constitucional (referência especial às críticas de **Bockenförde**).

¹⁵⁴⁸ Pode, por isso, discutir-se se a proibição do excesso convive com as conceções restritivas, particularmente as mais extremas. Implicitamente contra, **Novais, Direitos fundamentais...**, p. 102.

¹⁵⁴⁹ Não é forçoso que as teorias restritivas do âmbito de proteção sejam acompanhadas por uma adesão às teorias internas dos limites aos direitos. Sobre isso **Virgílio Afonso da Silva, Direitos Fundamentais...** pp. 158 ss.

¹⁵⁵⁰ Estas teorias têm a sua raiz no direito privado, de onde foram transpostas para o direito constitucional: v. **Bettermann, Grenzen...**, *cit.*; **Borowski, Grundrechte...**, 1.^a ed., pp. 31 ss., 2.^a ed. pp. 54 ss.; **La estructura...**, p. 66.

¹⁵⁵¹ **Alexy, A Theory...**, pp. 210 ss.; **Borowski, La estructura...**, p. 66; **Eckhoff, Der Grundrechtseingriff...**, pp. 13 ss.; **Guerrero**, «El principio de proporcionalidad...», pp. 137 ss.; **Pulido, El principio...**, pp. 464 ss.; **Virgílio Afonso da Silva, Direitos Fundamentais...**, pp. 138 ss.

¹⁵⁵² Talvez o mais destacado defensor das teorias internas seja **Friedrich Müller** (v. designadamente **Die Positivität...**, *cit.*). Pode considerar-se que o chamado "especificacionismo" (de *specificationism*: cfr. **Gardbaum**, «Proportionality...», p. 269) de autores como **Webber** (*The*

não reconhece a diferença entre âmbito ideal ou não definitivo, suscetível de restrições legislativas, e âmbito de proteção real ou definitivo. As restrições de direitos são ilícitas ou inválidas, na medida em que equivalham a alteração das normas constitucionais de direitos através da lei. Os únicos limites válidos que os direitos fundamentais conhecem são os que resultam do seu âmbito de proteção (*Schutzbereich*), desvendado através dos cânones da hermenêutica e sem recurso a qualquer operação de ponderação, ou à aplicação do princípio da proibição do excesso. Deste ponto de vista, as normas de direitos têm sempre a estrutura de regras¹⁵⁵³. Os direitos têm os seus limites traçados a partir do *interior* do âmbito de proteção. Qualquer limite ou restrição que se pretenda definir a partir *do exterior* do direito é inválida¹⁵⁵⁴.

No ponto em que considera equivalentes os conceitos de restrição e de violação de um direito, esta teoria é criticável. A assimilação desses dois conceitos incute o sentido de que sempre que o legislador restringe qualquer bem, interesse ou valor, está a violá-lo ou a infringi-lo ilicitamente¹⁵⁵⁵. Essa assimilação não é consentida pela Constituição, uma vez que admite expressamente a figura das restrições *lícitas* de direitos. A versão mais intransigente da teoria interna é inconciliável com o quadro constitucional português. Quanto muito, a teoria interna pode oferecer suporte teórico satisfatório para justificar alguns traços da dogmática dos direitos fundamentais¹⁵⁵⁶.

Negotiable Constitution, cit.), **Moreso** («Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism», cit.), **Zorrilla** (*Conflictos...*, cit; *idem*, «Alternativas...», cit.), ou **Mendonça** (*Los derechos...*, cit.), é a versão mais elaborada e "modernizada" destas teorias internas.

¹⁵⁵³ Assim, **Borowski**, *La estructura...*, p. 77; **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, p. 129.

¹⁵⁵⁴ V., em geral, **Pulido**, *El principio...*, pp. 466 ss.

¹⁵⁵⁵ **Webber**, *The Negotiable...*, p. 3.

¹⁵⁵⁶ Apesar de o Tribunal Constitucional ter sinalizado aqui e ali, algo equivocadamente, adesão a traços próprios da teoria interna, a *teoria externa* é o modelo explicativo que melhor enquadra os dispositivos constitucionais de restrições: v. **Miranda/Medeiros**, *Constituição...*, p. 363; **Baptista**, *Os Direitos...*, p. 159 (sugerindo que a maioria da doutrina portuguesa adere a um misto entre estas duas). Sem embargo, pode admitir-se que a aceitação de direitos irrestringíveis e a não inclusão *a priori* de certos comportamentos no âmbito de proteção ideal do direito representam concessões à teoria interna (cfr. **Alexandrino**, *A estruturação...*, p. 478; **Baptista**, *Os Direitos...*, pp. 160-161). Por outro lado, há quem alegue que a teoria interna é a única adaptável às restrições das posições jurídicas ativas de sentido positivo (ou, como se diz, aos direitos positivos): nesse sentido, **Novais**, *Direitos sociais...*, p. 295.

Um dos conceitos que anda vulgarmente associado às doutrinas internas dos limites é o de limites imanentes (*immanenten Beschränkungen*)¹⁵⁵⁷.

Os limites imanentes¹⁵⁵⁸ são vistos como parte da norma constitucional de garantia do direito: a revelação ou exposição dos limites imanentes, expressos ou implícitos¹⁵⁵⁹, é fruto da interpretação da constituição¹⁵⁶⁰ e tem carácter meramente declarativo. O legislador desvenda-os ou regula-os através de leis regulamentadoras, conformadoras ou concretizadoras, não se excluindo o *acesso* à declaração do limite imanente por outras autoridades, administrativas e judiciais. Os limites imanentes obrigam à cedência absoluta ou categorial de um direito¹⁵⁶¹. A delimitação ou descoberta dos limites imanentes não vale como restrição ao direito¹⁵⁶². As normas legislativas que o regulamentem, conformem ou concretizem estão sujeitas a um *controlo intenso* de constitucionalidade¹⁵⁶³, mas não à aplicação, *intensa* ou não, de alguns instrumentos de controle da constitucionalidade, designadamente a proibição do excesso.

Como vimos, em Portugal a adoção de uma teoria interna dos limites é inviável, não tendo por isso merecido recetividade expressa da doutrina e da jurisprudência dominante. Todavia, mesmo recusando-se a teoria interna¹⁵⁶⁴, a ideia dos *limites imanentes*, seu subproduto, foi adotada e adaptada (às vezes conjugada, em termos

¹⁵⁵⁷ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...*, p. 128. Sem embargo, há algumas versões dos limites imanentes, tributárias de teorias externas, que admitem a conjugação com a ideia da ponderação: sobre isso, Borowski, *Grundrechte...*, pp. 36 ss.; Pulido, *El principio...*, p. 454; Canotilho, *Direito...*, 7.ª ed., p. 1282.

¹⁵⁵⁸ O lançamento da tese dos limites imanentes tem origem nas teses de Wolfgang Siebert e Karl Larenz. Do primeiro, pode ver-se, entre outras obras, «Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung», in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936. p. 25; do segundo, *Rechtsperson und Subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, Junker & Dünhaupt, Berlin, 1935. V., também, Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, pp. 51 ss.

¹⁵⁵⁹ Andrade, *Os Direitos...*, pp. 272-273. Mesmo antes, logo no início da vigência da Constituição, v. *Direito Constitucional*, policop., Coimbra, 1977, pp. 194 ss.

¹⁵⁶⁰ Vaz, *Lei...*, p. 313 (frisando, contudo, não se tratar de interpretação autêntica); Andrade, *Os Direitos...*, designadamente pp. 271 ss.; Nabais, *O Dever...*, p. 77.

¹⁵⁶¹ Andrade, *Os Direitos...*, p. 269, nota.

¹⁵⁶² V., porém, Vaz, *A Lei...*, p. 317, considerando os limites imanentes *restrições* constitucionais (diferentes, todavia, das resultantes das colisões e das leis restritivas) ao conteúdo «natural» do direito, decorrentes da configuração constitucional desse direito. A Constituição delimita ou recorta o conteúdo do direito a partir do seu conteúdo natural, definindo através dos limites imanentes as (alegadas) manifestações de um direito que caem fora do âmbito de proteção desse direito.

¹⁵⁶³ Ou reexame judicial: Andrade, *Os Direitos...*, 5.ª ed., p. 269.

¹⁵⁶⁴ *Idem*.

nem sempre dogmaticamente ortodoxos ou coerentes, com as componentes essenciais das teorias externas, como a aceitação de restrições lícitas e de operações de ponderação¹⁵⁶⁵) para justificar certas interferências em direitos sem recurso ao conceito de restrição, nem sujeição ao respetivo regime, incluindo o princípio da proibição do excesso.

2.2.3. A distinção entre resolução de colisões de direitos e restrição de direitos

Saindo daquilo que se pode denominar latamente de metódica da determinação do âmbito de proteção ideal, isto é, dando por adquirido o conteúdo *prima facie* do direito, cumpre analisar agora as teses que de algum modo fazem deslizar os seus limites, reduzindo o âmbito de proteção ideal a partir do "exterior" do direito, mas sem recurso à figura jurídica da restrição.

Estas teses são propostas sobretudo nos casos em que há uma colisão ou um conflito entre direitos, ou entre direitos e bens, interesses ou valores coletivos, não resolvido através da delimitação do âmbito de proteção dos direitos, nem resolúvel através de lei restritiva, por ausência de permissão constitucional expressa de restrição. A sua base dogmática é a autonomização da figura das colisões ou conflitos de direitos em relação às leis restritivas¹⁵⁶⁶.

Num dos primeiros desenvolvimentos filiados nesta construção, os conflitos ou colisões seriam resolvidos caso a caso, por interpretação e aplicação direta dos preceitos constitucionais. A intervenção da lei estaria excluída, por definição. Caberia sempre ao intérprete/aplicador das normas constitucionais de direitos ponderar os bens, interesses ou valores em *concreta* colisão ou conflito e definir uma solução harmonizadora. A supressão de qualquer deles estaria vedada, a hierarquização também. Os critérios da solução a encontrar seriam a concordância prática dos bens, interesses ou valores em presença, a indispensabilidade da

¹⁵⁶⁵ Defendendo a inconciliabilidade das figuras dos limites imanentes e da ponderação, **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, p. 133.

¹⁵⁶⁶ **Vaz**, *A Lei...*, p. 323. Utilizamos o conceito de *leis restritivas* por facilidade, uma vez que não se deve ignorar que apenas raramente as leis serão simplesmente restritivas, sendo mais habitual a combinação de normas restritivas e normas de outra natureza.

compressão, a proibição do excesso e a intocabilidade do conteúdo essencial¹⁵⁶⁷. Além de dificuldades endémicas, que tratamos abaixo, esta tese enferma de uma evidente inversão de valores, que a torna inconciliável com a constituição como unidade de sentido, baseada na dignidade da pessoa humana, mas também em princípios como o democrático. Admitir que conflitos entre direitos possam ser casuística e desigualmente objeto de ponderação e decisão do juiz ou da Administração Pública, mas não possam ser, de todo, antecipados e regulados geral e abstratamente pelo legislador democrático não encontra abrigo em nenhuma leitura viável da Constituição.

A busca de "*outra coisa*", diferente da restrição de direitos, que cubra constitucionalmente a limitação legislativa de um direito em caso de colisão com outro direito ou valor constitucional, fora das hipóteses de previsão constitucional expressa de restrição¹⁵⁶⁸, foi desenvolvida por outros autores em moldes menos expostos à crítica, designadamente por admitirem a conformação de conflitos ou colisões através de intervenções *legislativas*. A "*outra coisa*", seriam as *leis harmonizadoras*, através das quais o legislador procede à resolução abstrata de colisões ou conflitos¹⁵⁶⁹ ou, mais rigorosamente, consagra soluções *abstratas* para a resolução concreta de colisões ou conflitos a serem aplicadas com alguma margem pela Administração e pelos tribunais. As leis harmonizadoras podem implicar, ou não, a prevalência *concreta* de bens, interesses ou valores sobre outros, variando isso de caso para caso¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁷ *Idem*, p. 328.

¹⁵⁶⁸ **Andrade, Os Direitos...**, p. 269; **Alexandrino, A Estruturação...**, p. 477; parece aceitar também esta autonomização dos conflitos ou colisões de direitos, **Miranda, Manual...**, IV, 5.ª ed., pp. 342-343.

¹⁵⁶⁹ Alguns autores distinguem *colisões* entre direitos e *conflitos* entre direitos e outros bens, interesses ou valores constitucionais, embora nem sempre consistentemente. Por exemplo, **Andrade, Os Direitos...**, por vezes parece aderir à distinção entre *colisões de direitos* e *conflitos de direitos e valores constitucionais comunitários* (p. 265), outras usa indiferenciadamente conflito e colisão (p. 217). Outra tipologia é a de **Canotilho, Direito...**, 7.ª ed., p. 1270: respetivamente, colisão autêntica e em sentido impróprio).

¹⁵⁷⁰ **Andrade, Os Direitos...**, p. 298. O autor nota que, por isso, a regra do artigo 335.º do Código Civil, sobre colisão de direitos (se os direitos forem iguais ou da mesma espécie "devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes") não é aplicável, uma vez que só a ponderação no caso concreto indica se um direito deve ceder o mesmo ou mais que outro, apesar da sua igual origem constitucional (*ob. cit.*, p. 301); admitindo a utilidade daquelas diretrizes, **Miranda, Manual...**, IV, 5.ª ed., p. 343.

As leis *harmonizadoras* distinguem-se das *restritivas* da seguinte forma¹⁵⁷¹: (i) a necessidade das primeiras não está constitucionalmente prefigurada (ou vai além da prefiguração constitucional), resultando simplesmente da atuação de um princípio de "harmonização e ponderação", enquanto a necessidade das segundas está constitucionalmente prefigurada¹⁵⁷²; (ii) as primeiras solucionam problemas de colisão ou conflito, as segundas não¹⁵⁷³; (iii) as primeiras dirigem-se à limitação de dois ou mais direitos, ou de um direito e de um valor comunitário, na proporção do respetivo peso normativo¹⁵⁷⁴, as segundas sacrificam o conteúdo protegido de um direito potencialmente "agressivo"; (iv) as primeiras não são de emissão obrigatória, as segundas sim¹⁵⁷⁵; (v) as primeiras são tendencialmente mais abertas, definindo, através de conceitos indeterminados, critérios que permitem a ponderação dos direitos ou valores conflitantes, enquanto as segundas tendem a enunciar de forma precisa as limitações introduzidas¹⁵⁷⁶; (vi) as primeiras referem-se a colisões ao nível constitucional, as segundas estão autorizadas a incluir momentos de "conformação legislativa autónoma"¹⁵⁷⁷; (vii) as primeiras são meramente *interpretativas* de preceitos constitucionais conflitantes, as segundas não¹⁵⁷⁸; (viii) as primeiras estão sujeitas a um controlo intenso (*strict scrutiny*, ou controlo total ou de reexame), enquanto as segundas estão sujeitas a um controlo apenas de intensidade média¹⁵⁷⁹ (*intermediate scrutiny*, ou defensabilidade)¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷¹ De acordo com **Andrade, Os Direitos...**, pp. 217 ss. (v., também, 265 ss.).

¹⁵⁷² *Idem*, pp. 217, 254.

¹⁵⁷³ *Idem*, p. 217.

¹⁵⁷⁴ *Idem*, p. 217.

¹⁵⁷⁵ *Idem*, p. 219.

¹⁵⁷⁶ *Idem*, pp. 217, 270.

¹⁵⁷⁷ *Idem*, p. 218.

¹⁵⁷⁸ *Idem*, p. 270.

¹⁵⁷⁹ *Idem*, pp. 270-271. Por traduzirem o resultado de mera interpretação da constituição, as leis harmonizadoras estão sujeitas a controlo reforçado ou intenso, de reexame judicial, em que o juiz está no mesmo plano que o legislador, controlando e aplicando, através de operações de concordância prática, normas legislativas que devem ser flexíveis e adaptáveis às circunstâncias do caso concreto.

¹⁵⁸⁰ Num outro quadro conceptual (evitando as expressões "leis harmonizadoras" ou "harmonização"), v. **Baptista, Os Direitos...**, p. 172, distinguindo entre restrições e limites implicitamente impostos pela Constituição, resultantes de "colisões incontornáveis de um direito com o âmbito definitivo de outros direitos ou bens constitucionais". As restrições seriam discricionárias ou não obrigatórias, constitutivas e dependentes de lei; as leis que declarassem aqueles limites não careceriam de permissão constitucional expressa, seriam meramente

2.2.4. A distinção entre limite ao exercício de direitos e restrição de direitos

Noutra fileira doutrinal, ainda compressora do perímetro possível das restrições, há quem distinga entre *restrição* e *limite ao exercício*, a primeira traduzida numa subtração duradoura de faculdades incluídas no conteúdo do direito, a segunda simplesmente inibidora ou condicionadora do *exercício* dessas faculdades¹⁵⁸¹. A primeira seria objeto de lei restritiva, com caráter constitutivo, a segunda de lei regulamentadora do exercício, meramente declarativa¹⁵⁸². Na doutrina portuguesa, um dos seguidores mais proeminentes dessa linha tem sido JORGE MIRANDA¹⁵⁸³.

declarativas, podendo ser retroativas e, em alguns casos (colisões entre direitos), diretamente aplicáveis *erga omnes*. Em qualquer caso, a determinação legal dos limites estaria sujeita ao princípio da proibição do excesso e teria de respeitar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (*ob. cit.*, p. 175). Os comentários críticos que dirigiremos oportunamente à construção das leis harmonizadoras aplicam-se em boa parte a estas leis de resolução de "colisões incontornáveis".

¹⁵⁸¹ Não é difícil encontrar lugares paralelos em doutrinas e jurisprudências constitucionais de outras latitudes, como é o caso da americana, particularmente no contexto da liberdade de expressão, onde se distingue entre restrições ao conteúdo e mera regulamentação do tempo, modo e lugar do exercício daquela liberdade (v., por todos, **Tribe, *American Constitutional Law***, pp. 580 ss.), ou da filosofia do liberalismo político de **Rawls**, que atribui um significado central à distinção entre regulação das liberdades básicas e restrição (*El liberalismo político*., p. 378): cfr., também, **Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais***..., pp. 92 e 100 ss. A doutrina nacional terá sido sobretudo influenciada pela distinção entre restrições de conteúdo e restrições de exercício traçada no contexto constitucional italiano, particularmente em torno da interpretação do artigo 2.º da Constituição italiana e o conceito por ele recebido de "inviolabilidade dos direitos fundamentais". O referido artigo apenas protegeria o conteúdo essencial e não os diversos modos de exercício dos direitos, que podem variar com o decurso do tempo: **Onida / Gorlero, *Compendio di Diritto Costituzionale***, 2.ª ed, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 86; v., também, entre muitos, **Paolo Careti / Ugo de Siervo, *Diritto Costituzionale e pubblico***, Giappichelli, Torino, 2012, p. 499; **Paolo Careti, *I Diritti Fondamentali. Libertà e Diritti Sociali***, 3.ª ed., Giappichelli, Torino, 2011, pp. 177 ss.

¹⁵⁸² **Miranda, *Manual***..., IV, 5.ª ed., p. 407.

¹⁵⁸³ **Miranda, *Manual***..., IV, 5.ª ed., pp. 345 ss.; **Miranda/Medeiros, *Constituição***..., I, 2.ª ed., p. 347; **Alexandrino, *A Estruturação***..., p. 476; **Canas**, «A actividade de polícia e a actividade policial...», *cit.*, e «Os limites gerais...», *cit.*, pp. 457 ss.

2.2.5. A exclusão da aplicabilidade do conceito de restrição em certos domínios

Quer a doutrina, quer, sobretudo, a algo prolixa jurisprudência constitucional, desenvolveram outras figuras afins, algumas episódicas ou simplesmente versões modificadas das que estudámos¹⁵⁸⁴.

Além disso, há opções doutrinárias que, embora não incidam especificamente sobre o conceito de restrição, afetam indiretamente a amplitude do conceito de restrição: por exemplo, a alegação de que, enquanto quadro dogmático, o conceito de restrição não é aplicável no ambiente dos direitos sociais¹⁵⁸⁵, ou as orientações restritivas quanto ao âmbito subjetivo dos direitos, ou a exclusão de alguns preceitos da matéria de direitos fundamentais¹⁵⁸⁶. Todas estas construções podem traduzir-se indiretamente em fuga às restrições e, concomitantemente, ao seu regime jurídico e, *pelo menos nessa medida*, todas elas são refutáveis. Não as podemos tratar todas *ex professo*, porque isso nos deslocaria do objeto central deste trabalho.

2.3. As vias alternativas à fuga ao conceito e ao regime da restrição de direitos

Tem havido sinais de reação doutrinal a esta estratégia (ou estratagema) de fuga ao conceito e ao regime das restrições. Além dos problemas dogmáticos que tais orientações de fuga suscitam, a opção por uma conceção restritiva de restrição tem consequências importantes ao nível do controlo das interferências do legislador nos direitos fundamentais. Aplicando-se os limites aos limites previstos na CRP

¹⁵⁸⁴ Para uma visão global da jurisprudência constitucional, é útil a consulta, por todos, de **Alexandrino, A Estruturação...**, pp. 643 ss.

¹⁵⁸⁵ Assim, **Alexandrino, A Estruturação...**, p. 425, admitindo, porém, a prestabilidade do conceito de limite.

¹⁵⁸⁶ **Andrade, Os Direitos...**, faz-se porta voz dessa tendência quando defende uma conceção aparentemente restritiva da extensão dos direitos fundamentais às pessoas coletivas (p. 118), ou que os preceitos que consagram os direitos de antena, de resposta e de réplica política (artigo 40.º, n.º 2) não consagram posições jurídicas subjetivas individuais, não integrando a matéria dos direitos fundamentais, mas sim a matéria da organização do poder político (p. 87), ou que os direitos das comissões de trabalhadores (artigo 54.º, n.º 5) e das associações sindicais (artigo 55.º, n.º 5 e 56.º, n.ºs 1, 2 e 3) são antes competências (p. 122).

(designadamente, no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3) exclusivamente às restrições aos direitos, a circunstância de não se qualificar certas interferências como restrições leva à exclusão da sua aplicação. No caso específico do princípio da proibição do excesso, a sua aplicação é formalmente excluída ou é invocada com um intuito legitimador da própria qualificação da intervenção como não restritiva. Essas consequências de uma conceção restritiva das restrições podem ser perniciosas para a própria afirmação da força normativa da Constituição e das normas de direitos fundamentais.

2.3.1. A reação crítica da doutrina mais recente

A reação mais veemente a esse risco foi protagonizada por JORGE NOVAIS. A uma estratégia de fuga, o autor contrapõe uma estratégia de regresso ao conceito de restrição. Mas NOVAIS, além de propor uma definição abrangente de restrição¹⁵⁸⁷, dilui significativamente muitos dos limites à possibilidade de restrições, em nome da necessidade de estabelecer um ambiente de *proteção dinâmica dos direitos fundamentais*¹⁵⁸⁸.

Neste contexto, a maior parte dos limites enunciados no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição são reinterpretados à luz de uma reserva geral de ponderação ou de compatibilização¹⁵⁸⁹, que leva à sua cedência perante uma emergência de *inevitabilidades fáticas* elevadas a critério de validade normativa: o *ser* invalida o *dever ser* formalmente dado. A *realidade* das colisões entre direitos não é *bem enfrentada* no quadro dos mecanismos constitucionais, tal como resultam dos preceitos em causa. A *realidade* das colisões de direitos exige mecanismos com outra

¹⁵⁸⁷ Cfr., por exemplo, a definição proposta por Novais, *As restrições...*, p. 157: restrição é "a ação ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado".

¹⁵⁸⁸ V. *As restrições...*, p. 844 (referindo-se, na circunstância, às cautelas a ter no que se refere à exigência da determinabilidade ou densidade normativa da lei, de modo a não espalhar indesejavelmente a atividade da Administração Pública na resolução de colisões concretas de direitos)

¹⁵⁸⁹ Novais, *As restrições...*, p. 957.

configuração, sentido e alcance. A *realidade* das colisões de direitos impõe que tudo seja suscetível de ponderação, fugindo-se aos puros esquemas lógico-dedutivos que alguns dos limites aos limites supõem. O *ser* da realidade impõe-se, conseqüentemente, ao *dever-ser* das normas. Alguns exemplos de *redução* normativa do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3¹⁵⁹⁰: (i) deles decorre que as restrições estão sujeitas a uma reserva de lei, a qual, além do mais, tem de revestir carácter geral e abstrato. Todavia, é *inevitável* superar o "esquecimento"¹⁵⁹¹ do legislador constituinte, recusando "o apego formalista a uma concepção rígida da reserva de lei"¹⁵⁹² e admitindo com bastante amplitude *intervenções restritivas* (*Grundrechtseingriff*, LERCHE) sem carácter geral e abstrato, promovidas pelos poderes constituídos, designadamente pela Administração de polícia¹⁵⁹³; (ii) além disso, a exigência de determinabilidade ou densidade normativa da lei, decorrente da reserva de lei e de outros princípios¹⁵⁹⁴, é apenas um objetivo *all things considered*¹⁵⁹⁵, cedendo perante a *inevitabilidade* de revalorização substancial das funções da Administração Pública e de atribuição a esta de um amplo poder de realização de valorações e ponderações de bens, através da utilização pelo legislador de conceitos jurídicos indeterminados¹⁵⁹⁶; (iii) o enunciado normativo do artigo 18.º, n.º 2, que proíbe a restrição de direitos fora dos casos expressamente previstos na Constituição, "não pode [todavia] ser interpretado como padrão normativo de

¹⁵⁹⁰ Deixando, por agora, de lado a redução do alcance da reserva relativa de lei parlamentar do artigo 165.º, n.º 1, alínea b) e da própria reserva absoluta de lei parlamentar de algumas alíneas do artigo 164.º, reinterpretadas de acordo com uma *teoria da essencialidade* e com aplicabilidade sujeita a operações de ponderação ou apreciação tópica: cfr. **Novais, *As restrições...***, pp. 872 ss.

¹⁵⁹¹ **Novais, *As restrições...***, pp. 201 e 205 ss.

¹⁵⁹² *Idem*, pp. 841, 856 ss.; **Alexandrino, *A estruturação...***, p. 475, qualifica as exceções à reserva de lei de "generosas".

¹⁵⁹³ **Novais, *As restrições...***, p. 814, especialmente pp. 830 ss., admitindo leis restritivas não gerais e abstratas, contra o sentido literal da primeira parte do artigo 18.º, n.º 3.

¹⁵⁹⁴ *Idem*, p. 842.

¹⁵⁹⁵ *Idem*, p. 852.

¹⁵⁹⁶ *Idem*, p. 846. Adotámos uma posição mais cautelosa em «A actividade de polícia e a actividade policial...», *cit.*, e «Os limites gerais...», *cit.*, pp. 457 ss. Pensando especificamente nas medidas de polícia, admitimos que o legislador conceda ao órgão de polícia alguma margem de livre apreciação sobre os pressupostos de aplicação da medida de polícia, ou margem de livre decisão sobre se produz ou não a medida de polícia (uma vez que a não emissão da medida tem a implicação prática de que a restrição do direito não será materializada naquele caso) ou sobre a escolha entre uma ou várias possibilidades previamente definidas. Em contrapartida, a lei não pode deixar ao órgão de polícia a livre definição do próprio conteúdo da medida, nem pode empregar conceitos de elevada indeterminação na previsão da norma que permite a emissão da medida de polícia.

limitação da margem de decisão do legislador com o sentido literal expresso no seu enunciado"¹⁵⁹⁷, sendo *inevitáveis* leis restritivas de direitos fundamentais consagrados sem reservas¹⁵⁹⁸; (iv) embora a Constituição, no mesmo artigo 18.º, n.º 2, diga que os direitos só podem ser restringidos para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, é *inevitável* ignorar o requisito da fonte formalmente constitucional dos bens, interesses ou valores cuja prossecução constitui fim da lei restritiva, podendo, conseqüentemente, os direitos fundamentais ser restringidos com vista à salvaguarda de bens, interesses ou valores sem base constitucional¹⁵⁹⁹; (v) embora a Constituição proteja o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais no artigo 18.º, n.º 3, última parte, esse enunciado teria apenas uma "função discursiva", funcionando como um "instrumento argumentativo em branco", insuscetível de desempenhar qualquer papel decisivo em decisões jurisprudenciais¹⁶⁰⁰, o que deixa presumivelmente maior campo para a possibilidade de restrições.

Esta construção iconoclástica tem a virtude da simplicidade e da clareza, além de colocar em relevo a importância decisiva da ponderação, muitas vezes camuflada atrás de pretensas operações lógico-dedutivas. Por outro lado, põe inegavelmente a nu inconsistências e insuficiências de alguns dos preceitos sobre limites aos limites¹⁶⁰¹. Todavia, os argumentos que a tornam atraente e simplificadora são também os que a fazem perder aderência normativa, além de não estar isenta de críticas quanto à própria consistência interna. Dirige crítica cerrada - e certa - às teses baseadas na interpretação restritiva do âmbito de proteção, nos limites imanentes, peças frequentes da camuflagem do caráter restritivo das intervenções. Aponta a essas teses "o inconveniente prático de indução de défices de sindicabilidade (...) uma vez que, se não é de verdadeiras restrições que falamos,

¹⁵⁹⁷ Novais, *As restrições...*, p. 582.

¹⁵⁹⁸ Novais, *As restrições...*, p. 582. Não obstante a disposição expressa da Constituição, o autor sustenta a existência de *restrições implicitamente autorizadas pela Constituição por força de uma reserva geral imanente de ponderação* presente na generalidade dos direitos (*ob. cit.*, p. 42).

¹⁵⁹⁹ Assim, Novais, *As restrições...*, p. 619. O autor reputa também de meramente formal o critério de distinção entre colisões de direitos fundamentais e colisões de direitos fundamentais e outros bens constitucionais (*ob. cit.*, p. 863)

¹⁶⁰⁰ Novais, *idem*, pp. 797-798.

¹⁶⁰¹ O próprio conceito de limites aos limites é contestado por alguns setores: v. Pulido, *El principio...*, pp. 535 ss.

então não há lugar para lhes aplicar os correspondentes controlos, designadamente os atinentes ao preenchimento do requisitos materiais"¹⁶⁰². Todavia, propõe uma construção toda ela virada para a demonstração da irrelevância, impossibilidade ou inadequação de preceitos sobre os limites materiais e rendida a uma diretiva geral de ponderação.

Uma visão mais matizada do que a proposta por NOVAIS advoga um quadro eclético que, aceitando algumas das figuras afins de restrição apresentadas até aqui, modera o seu impacto: (i) admitindo, a par das restrições expressamente permitidas, a possibilidade de restrições constitucionalmente permitidas de forma instrumental, indireta, tácita, ou implícita¹⁶⁰³; (ii) aplicando o regime constitucional das restrições a outras intervenções legislativas, desconsiderando a qualificação jurídica que lhes seja dada e atendendo, como critério determinante, à natureza e ao "efeito da intervenção em concreto sobre as possibilidades de realização da norma jusfundamental"¹⁶⁰⁴.

Como sucede quase sempre com as orientações que procuram o equilíbrio entre várias posições extremas ou o centro geométrico das soluções, esta não está isenta de críticas de inconsistência. Não admite que a norma do artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, está caduca por desaplicação consensualmente assumida durante décadas de prática e doutrina constitucionais, mas também não lhe reconhece plena aplicabilidade. Em alternativa, é proposta uma solução de (ir)relevância relativa¹⁶⁰⁵ que, em direito, é difícil de enquadrar, a não ser que se considere que a aplicação daquela norma está dependente de ponderação. Por outro lado, admitindo-se que o regime jurídico aplicável a *diferentes* figuras é afinal

¹⁶⁰² Novais, *As restrições...*, p. 849 (o ponto é, contudo, reiterado em vários passos do trabalho).

¹⁶⁰³ Canotilho/Moreira, *Constituição...*, p. 389; Nabais, *Por uma Liberdade...*, p. 26; Miranda, *Manual...*, IV, 5.ª ed., p. 414; Matos, «Recurso hierárquico...», p. 89; Alexandrino, *A Estruturação...*, pp. 451, 645 ss.; Queiroz, *Direitos...*, p. 253 (dizendo, porém, que as restrições implícitas não são verdadeiras restrições, mas "um problema de delimitação de direitos"); Baptista, *Os Direitos...*, p. 178. V., por exemplo, acórdão n.º 254/99: "as restrições expressas na Constituição ou resultantes das reservas de lei em certas matérias fundaram argumentos no sentido da admissibilidade de *outras restrições*, em hipóteses de conflitos de direitos ou interesses constitucionalmente reconhecidos" (n.º 8, itálico aditado).

¹⁶⁰⁴ Alexandrino, *A Estruturação...*, p. 481.

¹⁶⁰⁵ Por exemplo, Alexandrino, *A Estruturação...*, p. 451, recusa as estratégias de fuga ao sentido essencial da proibição de restrições não *expressamente* autorizadas pela Constituição, mas subscreve a figura das restrições *implicitamente* autorizadas, em termos que no fundo se traduzem na aceitação de uma *cláusula geral de restrições*.

substancialmente o mesmo, a única justificação para manter uma diferenciação de conceitos e figuras jurídicas afins seria a forte individualidade conceptual que estas pudessem reivindicar e nada mais, o que parece pouco.

2.3.2. Crítica quer às concepções restritivas, quer às ilimitadamente alargadas, do âmbito de proteção dos direitos; adesão a uma concepção tendencialmente alargada

As estratégias restritivas do âmbito de proteção do direito começam por se debater com o problema do critério que preside à delimitação do que fica dentro e do que recai fora daquele âmbito de proteção. Não sendo esse um problema exclusivamente seu, como se verá de seguida, é contudo um problema cuja má resolução num contexto restritivo causa mais danos na proteção dos direitos do que noutros contextos. Além disso, as estratégias restritivas são tendencialmente conservadoras¹⁶⁰⁶, desencadeando maiores riscos de deixar de fora do âmbito de proteção do direito faculdades posições jurídicas e pretensões que a realidade constitucional molda ao longo dos tempos.

Esses problemas das teses restritivas incitam a virar a atenção para as teses do âmbito alargado de proteção. Mas também estas enfrentam obstáculos que levam a afastar orientações incondicionalmente ampliativas.

A base de argumentação é a aceitação de que há um momento da aplicação da norma de direitos que se traduz na *interpretação* do preceito constitucional¹⁶⁰⁷, com vista à demarcação do âmbito de proteção e dos limites intrínsecos. Mesmo as teses do

¹⁶⁰⁶ V. **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, pp. 85 ss., demonstrando o conservadorismo inevitável de algumas das concepções restritivas, sobretudo as baseadas na interpretação histórica e sistemática das normas constitucionais. Por isso, é frequente encontrar autores que, embora optando por uma concepção restritiva do âmbito de proteção, defendem a mitigação dessa concepção: assim, **Alexandrino**, *A Estruturação...*, p. 478.

¹⁶⁰⁷ Um setor da doutrina adianta que a interpretação pode ela própria, envolver operações de ponderação das razões a favor de uma ou outra interpretação, ou dos interesses envolvidos. A questão de saber se a interpretação envolve proporcionalidade (*ubi interpretatio, ibi proportionalitas*) ou, como **Andrade** defende (*Os Direitos...*, p. 196), pelo menos ponderação de interesses, não pode ser tratada aqui. Cfr. **van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, pp. 118 ss., 148 (no contexto da CEDH, distinguindo entre proporcionalidade-apreciação e proporcionalidade-interpretação); **Feteris**, «Weighing...», *cit.* Defendendo que a interpretação não envolve ponderação de interesses, **Klatt / Meister**, *The Constitutional...*, p. 47.

âmbito de proteção alargado não podem deixar de aceitar esta base argumentativa. Ora, essa base argumentativa causa problemas à afirmação de que o âmbito de proteção de um direito é, *prima facie*, ilimitado¹⁶⁰⁸. As normas, incluindo o que a teoria dos princípios considera normas-princípio, têm necessariamente limites, revelados pela interpretação¹⁶⁰⁹. É esta que permite definir se acender e apagar um isqueiro cai dentro dos limites ou âmbito de proteção *prima facie* da liberdade de expressão. Se se destinar a acender um cigarro, a iluminar um sítio escuro ou a ser o modo de descarregar a tensão nervosa não o é. Se for a maneira de *expressar* contentamento ou alegria num concerto de rock há certamente bons argumentos para considerar essa ação abrangida pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão. É pela interpretação da norma de direito fundamental e pela argumentação sobre os limites do âmbito de proteção que chegamos a conclusões como esta.

Mas a delimitação do âmbito de proteção vai mais longe do que estes exemplos de discurso argumentativo de *senso comum*. Há um critério normativo que permite afastar *in limine* determinadas situações, comportamentos ou atos do âmbito de proteção dos direitos. Designamo-lo de *argumento categórico*. Argumento categórico é aquele insuscetível de superação através de argumentação ou da consideração da situação concreta.

Há situações em que há pelo menos um *argumento categórico* que leva a recusar a pretensões, comportamentos ou atos, a virtualidade de se abrigarem sob a aura protetora de um direito, mesmo que seja simplesmente *prima facie*. Os argumentos categóricos mais imediatos são os que decorrem de limites que a própria Constituição estabelece: por exemplo, não há um direito de reunião, mas sim um direito de reunião *pacífica e sem armas* (artigo 45.º, n.º 1). Os cidadãos não têm um direito *prima facie* a reunir-se armados¹⁶¹⁰. Mas há outros argumentos que, embora não tão imediatos nem tão explícitos, não são menos categóricos¹⁶¹¹: a

¹⁶⁰⁸ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...*, p. 140.

¹⁶⁰⁹ Huscroft, «Proportionality...», pp. 188 ss., 200 ss.

¹⁶¹⁰ Pieroth/Schlink, *Direitos...*, p. 62, sublinham a distinção entre âmbito de regulação, domínio da vida sobre o qual incide a norma (reuniões) e o âmbito de proteção (reuniões *pacíficas e sem armas*).

¹⁶¹¹ Pulido, *El principio...*, p. 677 e outros locais e Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...*, pp. 97 ss., acusam as teses que rejeitam um âmbito de proteção irrestritamente

realização de sacrifícios humanos em cerimónias religiosas não pode ser considerada abrangida *prima facie* pela liberdade de religião, porque há um argumento categórico intransponível: o valor absoluto da vida humana. O mesmo se aplica a outro exemplo clássico, o do assassinio ou suicídio de um ator no decurso de uma peça de teatro. Isso não é protegido *prima facie* pela liberdade artística porque o argumento categórico da inviolabilidade da vida humana o impede. Idêntico raciocínio se poderia realizar, invocando estes ou outros argumentos categóricos, para as ações de roubar, agredir fisicamente, sequestrar, falsificar moeda, violar o domicílio de outrem¹⁶¹². A interpretação dos enunciados normativos e das normas reveladas por essa interpretação, não permite vislumbrar nenhum direito que, em termos ideais compatíveis com os argumentos categóricos que estruturam a *consciência jurídica* do intérprete, proteja alguns desses comportamentos. As normas legislativas que os proíbam não podem ser consideradas como restritivas ou ablativas de um direito ou da titularidade ou exercício de um direito. Seria ofensivo da consciência jurídica e do espírito jusfundamental, aceitar uma tese que, apenas em nome da "coerência teórica"¹⁶¹³ ou para evitar a rutura interna de uma teoria¹⁶¹⁴, admitisse, mesmo que apenas *provisoriamente, não definitivamente* ou *prima facie*, que um direito fundamental acomoda no seu âmbito de proteção algum daqueles comportamentos, atos ou situações¹⁶¹⁵. Por isso, uma orientação *ilimitadamente ampliativa* do âmbito de

alargado de se basearem numa simples *intuição*, entendida como um estado de espírito irracional ou apriorístico, ou em critérios insubsistentes ou de difícil operabilidade (por exemplo, o de **Müller**). Poderia discutir-se se o critério do "âmbito temático de um determinado direito fundamental", adotado por **Alexy** e pelos autores para definir o âmbito de proteção *prima facie* do direito não é ele próprio um critério *intuitivo*, à luz dos parâmetros argumentativos que elegem. Além disso, como veremos a propósito da proporcionalidade e.s.e., a intuição tem um quinhão no processo de ponderação que não é facilmente descartável (v. **Möller**, «Proportionality...», p. 728). Mas esse não é o ponto central. Central é acordar que não é inevitável cair numa atitude totalmente demissionária quanto à possibilidade de haver argumentos *jusfundamentais* que excluam certos comportamentos do âmbito de proteção dos direitos. Há exemplos que não podem ser descartados com o rótulo de "pré-fabricados" ou simplesmente "intuitivos". Há situações em que a admissão de que alguns comportamentos são cobertos pelo âmbito de proteção *fere a sensibilidade jurídica, tal como "formatada" pelo quadro constitucional ou pelo sentido geral da constituição*. É esse o pano de fundo do critério que propomos.

¹⁶¹² Recorremos aos exemplos apontados por **Novais**, *As restrições...*, pp. 430-431 e **Coutinho**, «Sobre a justificação...», pp. 558-559.

¹⁶¹³ **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, p. 153,

¹⁶¹⁴ *Idem*, p. 154

¹⁶¹⁵ Resulta débil o argumento de **Borowski**, *La estructura...*, p. 136, de que "roubar e matar" apenas integram o direito *prima facie*, que logo será objeto de uma restrição fundada nos direitos e

proteção ideal do direito, nos termos da *factispecies alargada* ou da *weite Tatbestand* de ALEXY, BOROWSKI, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA ou MÖLLER¹⁶¹⁶, suscita reservas.

Essas reservas não obstaculizam, todavia, a aceitação de princípio de que a criação de adequadas condições de plenitude normativa e de expansibilidade dos direitos requer uma atitude *aberta e generosa* na interpretação do seu âmbito normativo¹⁶¹⁷. Por isso se admite uma conceção tendencialmente alargada do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

O critério do *argumento categórico* tem a virtualidade de operacionalizar esta conceção tendencialmente alargada, especialmente se lhe aditarmos uma referência a um critério de *evidência*. Só quando há um argumento categórico *evidente* que fundamente a exclusão liminar ("caso fácil"), se deve considerar que um certo comportamento, ato ou situação, não está abrangido pelo âmbito de proteção ideal de um direito. Em caso de *dúvida*, deve considerar-se que o âmbito de proteção abrange o comportamento, ato ou situação.

Isso permite dar resposta a alguns exemplos clássicos.

Saber se o pintor que se instala num cruzamento de estradas muito movimentado, para praticar a sua arte, pode invocar a liberdade de criação artística, não é respondido por nenhum argumento categórico evidente. Pode haver argumentos

bens com os quais entra em colisão. Na mesma linha, **Möller**, «Proportionality...», p. 164: "os proponentes de uma compreensão ampla dos direitos incluem o assassinio na fase de *prima facie*, mas não há dúvida de que há razões com suficiente peso (em particular os direitos das possíveis vítimas) a favor da proibição". Também, **Virgílio Afonso da Silva** acaba por reconhecer isso, não obstante a sua defesa até ao limite da conceção alargada, quando admite que "difícilmente surgiria uma real ação judicial para garantir tal exercício [do direito *prima facie*] nessas condições" (***Direitos Fundamentais...***, p. 152). A questão fundamental é, porém, a seguinte: qual a razão (além da perfeição estética de uma teoria) para se esperar pela fase da justificação de uma interferência num direito *prima facie*, se a solução jurídica é "unívoca" (**Borowski dixit**) no sentido de que roubar e matar constituem comportamentos que serão inevitavelmente excluídos do âmbito de proteção definitivo do direito? Porque não aceitar excluir à partida tal exercício do âmbito de proteção do direito *prima facie*? Para uma apreciação crítica, **Gardbaum**, «Proportionality...», p. 281 (em termos próximos da orientação do texto); **Webber**, «On the Loss of Rights», p. 142 (este num curso argumentativo muito diferente do texto); é também relevante o argumento "estratégico" de **Huscroft**, «Proportionality...», p. 189, quando assinala que uma conceção ampliativa do direito implica necessariamente um aumento do poder do juiz constitucional.

¹⁶¹⁶ **Alexy**, *Theorie...*, pp. 278 ss.; **Borowski**, *Grundrechte...*, p. 205; *idem*, *La estructura...*, p. 134; **Virgílio Afonso da Silva**, *ob. cit.*, pp. 138 ss.; **Möller**, «Proportionality...», p. 164, *passim*.

¹⁶¹⁷ Note-se que a expressão *âmbito normativo* não coincide, aqui e em outros locais do texto, com o sentido que lhe é dado por **Friedrich Müller** (*Die Positivität...*, pp. 11 ss., *passim*; **Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts**, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, *passim*) como uma dimensão apenas da norma jurídica, o setor da realidade social a que se aplica o *programa normativo*, isto é, o texto normativo ou prescrição.

adversos (o perigo para o pintor e para os condutores, a perturbação da circulação viária) e argumentos que neutralizem aqueles (só com aquela perspectiva o pintor consegue reproduzir fidedignamente o que pretende, a sua presença é visível podendo os condutores contorná-lo, é conhecido o hábito de naquele cruzamento se instalarem pintores). Equivalentemente, a invocação pelo trompetista da sua liberdade de criação ou expressão artística quando ensaia solos de trompete de madrugada (MÜLLER) esbarra com fortes argumentos resultantes do direito ao sossego de outros, mas pode ter a seu favor a circunstância de se tratar de um momento de inspiração de um trompetista genial, cuja expressão imediata é imperativa, sob pena de se perder. Nenhum dos argumentos invocáveis a favor ou contra a inclusão do comportamento no âmbito de proteção ideal do direito em causa é categórico, isto é, nenhum deles vale evidentemente em qualquer circunstância ou é insuscetível de ser superado por outros ou pela consideração da situação de facto. Portanto, nenhum deles leva à exclusão destes comportamentos, atos ou situações do âmbito de proteção *prima facie* do direito.

Mesmo quando a inclinação de partida seja para excluir do âmbito de proteção do direito um comportamento, ato ou situação (por exemplo, insultos ou calúnias), se se tratar de uma mera inclinação, havendo porém um resquício de incerteza racionalmente sustentada, esta deve ser superada com a inclusão do comportamento, ato ou situação no âmbito de proteção *prima facie* ou ideal do direito, podendo ou não sobre ele vir a recair proteção definitiva.

A consequência prática mais relevante desta orientação é a seguinte: só se pode considerar atividade *meramente declarativa* de limites do direito aquela que exclui do âmbito de proteção *ideal* ou *prima facie* do direito comportamento, ato, situação ou estado que ele *categórica e evidentemente* não cobre. Não sendo assim, qualquer decisão que exclua o comportamento, ato, situação ou estado do âmbito de proteção do direito não pode ser qualificada como mera delimitação *declarativa*, mas como *constitutiva* do estreitamento do âmbito de proteção. É indiferente que essa operação seja qualificada de interpretação constitucional, de regulamentação, de restrição ou de qualquer outro modo. A "descoberta" de limites não sustentados num juízo de categórica evidência suscita inevitavelmente a aplicação de um regime especialmente rigoroso de limites aos limites, em que se inclui a aferição da proibição do excesso.

2.3.3. Crítica à teoria dos limites imanentes

Como se viu no momento próprio, na sua aceção original a teoria dos limites imanentes é um subproduto das teorias internas dos limites. Estas teorias não são viáveis face à Constituição portuguesa, que contém indicações inequívocas a favor de uma *teoria externa* dos limites. Consequentemente, quem aqui perfilhe a teoria dos limites imanentes tem de conceber uma configuração *adaptada*. Todavia, a adaptação pode descaraterizar irremediavelmente aquela teoria. Para ser constitucionalmente conforme, ela teria de passar por prescindir de um traço caracterizador fundamental da teoria dos limites imanentes, porventura o mais criticável de todos¹⁶¹⁸: a não sujeição ao regime das restrições de direitos, nomeadamente ao princípio da proibição do excesso, das intervenções legislativas que os revelem, declarem ou exponham.

De qualquer modo, a teoria dos limites imanentes, adaptada ou não, é suscetível de críticas. Subjacentes a estas críticas estão dois fatores, um estrutural, outro que pode ser conjuntural ou estrutural.

O primeiro, é a circunstância de o conceito de limites imanentes ser altamente indeterminado e não ter assento nem definição constitucional. NOVAIS enuncia e analisa as várias hipóteses de fundamentos gerais de limites imanentes desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência alemãs¹⁶¹⁹: cláusula de comunidade, os direitos dos outros, a lei moral, a ordem constitucional, as leis gerais, a ordem pública, o abuso de poder, os deveres fundamentais, a salvaguarda de interesses ou direitos do próprio titular. A indeterminação, instabilidade e

¹⁶¹⁸ Cfr., em geral, **Alexy, A Theory...**, pp. 202 ss., cuja doutrina inspira habitualmente os críticos da teoria dos limites imanentes. Na doutrina nacional, afastou desde cedo a possibilidade de limites imanentes **Jorge Miranda** (por exemplo, **Relatório...**, p. 526). Sobre a rejeição da doutrina pela jurisprudência constitucional alemã, **Gavara de Cara, Derechos fundamentales...**, pp. 171 ss., 205.

¹⁶¹⁹ **Novais, As restrições...**, pp. 392, 437 ss. os limites imanentes podem fundar-se numa cláusula geral ou ser extraídos através de uma interpretação dirigida e específica, direito a direito. **Andrade, Os Direitos...**, pp. 212, 267, 275, sustenta que deve ser rejeitada *uma teoria geral* pré-feita fundamentadora e enformadora dos limites imanentes, remetendo para a interpretação de cada um dos preceitos de direitos no contexto global das normas constitucionais. V., também, **Gavara de Cara, Derechos fundamentales...**, pp. 171 ss.

expansibilidade quase irrestrita, leva a que quase tudo possa ser considerado pelo legislador como limite imanente¹⁶²⁰.

O segundo é a circunstância de essa indeterminação, instabilidade e expansibilidade ser frequentemente cruzada com uma atitude deferencial perante a liberdade de conformação do legislador (ou uma "condescendência estrutural" relativamente à atividade do legislador¹⁶²¹).

Em Portugal, a conjugação destes fatores, deu origem a uma jurisprudência constitucional acusada de transigir com a invocação de limites imanentes em situações de reduzida ou muito discutível expressividade constitucional, de realizar exercícios de ponderação não assumidos ou dissimulados atrás da "descoberta" dos limites imanentes e de legitimar a redução do alcance do conceito de restrição, com prejuízo da aplicação do respetivo regime e do grau de proteção dos direitos.

A apreciação crítica a que a doutrina dos limites imanentes foi sujeita levou-a a perder gradualmente fulgor¹⁶²². A adesão doutrinal esmoreceu e o próprio *nomen* "limites imanentes" parece ter sido dissolvido numa nomenclatura mais ou menos indiferenciadora que lhes nega a forte individualidade doutrinal que os acompanhou originalmente. Mesmo algumas orientações que nominalmente poderiam parecer propostas de reabilitação ou de reconstrução são, afinal, a sua superação¹⁶²³.

¹⁶²⁰ Já assim **Nuno e Sousa**, *A Liberdade de Imprensa*, pp. 257 ss.; **Morais**, *Direito Constitucional II...*, p. 86; percorrendo algumas das decisões iniciais do TC, **Nabais**, *Por uma Liberdade...*, pp. 27 ss.; **Alexandrino**, *A Estruturação...*, p. 438 (aludindo a algumas aceções de limites imanentes mencionados pela doutrina, só próximos do ponto de vista terminológico).

¹⁶²¹ **Novais**, *As restrições...*, p. 529.

¹⁶²² A apreciação crítica de **Gomes Canotilho e Vital Moreira** certamente teve peso: v., por exemplo, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 150. No mesmo sentido, **Canotilho**, *Direito...*, 7.^a ed., p. 1280 (embora com a reabilitação dos limites imanentes, transformados em restrições não expressamente permitidas, nos termos enunciados na nota seguinte); **Alexandrino**, *A Estruturação...*, pp. 643-644; **Queiroz**, *Direitos...*, p. 264.

¹⁶²³ **Canotilho**, que foi um dos principais objetores da aplicação da teoria dos limites imanentes (v. ultimamente *Direito Constitucional...*, 7.^a ed., p. 1280), pareceu a certa altura propor a sua reconstrução, desvinculando-os da teoria interna dos limites e da conceção restritiva do *Tatbestand* e colocando-os ao serviço de uma conceção ampla do *Tatbestand* e de uma metódica de ponderação de bens. Nesta versão, seriam constitutivamente revelados *a posteriori* - isto é, depois da definição do âmbito de proteção *prima facie* do direito - através de ponderação dos bens, interesses ou valores e equivaleriam a *restrições não expressamente autorizadas*. Sem embargo, não se trata de simples reconstrução de uma teoria anterior mas de uma nova teoria. V., também, **Matos**, «Recurso hierárquico...», p. 89; **Jónatas Machado**, *Liberdade de Expressão...*, p. 710; **Alexandrino**, *A Estruturação...*, p. 480; **Miranda/Medeiros**, *Constituição...*, pp. 367-368; **Andrade**, *Os Direitos...*, p. 266 (aderindo a um modelo não "pré-formativo" da teoria dos limites imanentes); crítico **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, p. 167.

2.3.4. Crítica à construção das leis harmonizadoras

O esforço de distinção entre as leis restritivas e as leis harmonizadoras, ou entre restrição e harmonização, não conduz a resultados profícuos.

Desde logo, porque existe uma dificuldade endémica: a impossibilidade de adiantar qualquer critério material ou estrutural que permita distinguir as colisões ou conflitos dirimidos pelas restrições e as colisões ou conflitos dirimidos pelas ditas leis harmonizadoras (isto é, não restritivas)¹⁶²⁴. O artigo 18.º, n.º 2, configura claramente as restrições como um "modo de composição de direitos em conflito"¹⁶²⁵. Daí decorre que nem há fundamento suficiente para sustentar que só as leis harmonizadoras visam a resolução de problemas de colisões ou conflitos, na medida em que a resolução dessa eventualidade também constitui fim essencial das leis restritivas¹⁶²⁶, nem há fundamento para sustentar que as colisões ou conflitos compostos pelas leis harmonizadoras são *diferentes* dos compostos pelas leis restritivas¹⁶²⁷.

Por outro lado, algumas diferenças que poderiam dar consistência à distinção dogmática entre restrições e leis de harmonização são desvitalizáveis. Por exemplo, poderia sustentar-se que enquanto as leis restritivas implicam, nos casos concretos a que se aplicam, o sacrifício de um dos bens, interesses ou valores em conflito ou colisão, as leis harmonizadoras implicam, ao invés, a equilibrada e paritária realização de todos eles. Todavia, VIEIRA DE ANDRADE esclarece que a aplicação das normas das leis harmonizadoras em casos concretos de conflitos ou colisões pode

¹⁶²⁴ Além de que a distinção entre uma figura que se define pelo efeito que produz no conteúdo ou no exercício do direito (a restrição de direitos) e outra que se define pela causa ou objeto (o conflito de direitos), tem à partida fortes contraindicações lógicas. Por outro lado, a circunstância de uns conflitos serem resolvidos através de decisões concretas, outros através de leis, é meramente accidental. E a alusão a que as leis restritivas conformam conflitos de normas, enquanto as decisões harmonizadoras conformam conflitos de direitos (cfr. **Vaz, A Lei...**, p. 327), parece desconsiderar que os conflitos de direitos têm subjacente, inevitavelmente um conflito de normas e vice-versa.

¹⁶²⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 205/2000, n.º 7.

¹⁶²⁶ Cfr., porém, **Alexandrino, A Estruturação...**, p. 449, não dando como seguro que todas as leis restritivas se destinam forçosamente a antecipar ou a solucionar conflitos.

¹⁶²⁷ Cfr., porém, o esforço (em nosso entender infrutífero) de demonstrar persuasivamente a diferença de natureza entre os "conflitos das restrições" e os "conflitos das harmonizações" no acórdão n.º 205/2000 do Tribunal Constitucional.

implicar o sacrifício maior de um dos bens, interesses ou valores em conflito ou colisão, ou mesmo o seu integral sacrifício¹⁶²⁸, talqualmente a aplicação das normas das leis restritivas.

Ainda a propósito da aplicação, diz-se que as leis harmonizadoras deixam ao decisor do caso concreto uma maior margem de ponderação do que as leis restritivas. A composição de bens, interesses e valores, no caso da aplicação de lei harmonizadora, dependeria essencialmente da *ponderação* do juiz ou do administrador público e não da lei. Ao contrário da lei restritiva, a lei harmonizadora limitar-se-ia ao estabelecimento de um equilíbrio abstrato dos bens, interesses ou valores em conflito ou colisão e deixaria o essencial da *ponderação* dos interesses em presença para o juízo concreto. Porém, esta é uma diferenciação contingente. A possibilidade de uma maior ou menor margem de ponderação na aplicação concreta da norma é um aspeto transversal a toda e qualquer norma através do qual o legislador supera a colisão de bens, interesses ou valores. Nada impede que as leis que se designam como restritivas deixem ao aplicador uma importante margem de ponderação¹⁶²⁹. Desse ponto de vista, a diferença entre leis restritivas e leis harmonizadoras não pode ser considerada absoluta: quer as primeiras, quer as segundas, podem ser abstratamente construídas por forma a induzir ou a permitir a cedência *concreta* superior ou integral de alguns dos bens, interesses ou valores em colisão ou conflito. Assim sendo, o critério diferenciador que poderia subsistir seria puramente formal ou circunstancial, consistente em o legislador constitucional ter prefigurado umas (as leis restritivas) e não as outras (as leis harmonizadoras). Ou, mais rigorosamente, a circunstância de o legislador ter prefigurado a necessidade de composição de certas colisões, prevendo por isso a emissão de leis restritivas e não ter prefigurado outras. Em todo o caso, reconhece-se que esse dado circunstancial não é suficientemente ponderoso para que as leis harmonizadoras não estejam sujeitas à aplicação, por maioria de razão, das condições constitucionais das restrições legislativas¹⁶³⁰.

¹⁶²⁸ *Os Direitos...*, p. 303.

¹⁶²⁹ Aliás, o Tribunal Constitucional parece entender que não só nada impede como até, em certos casos, é obrigatório. Por isso, já invalidou normas legislativas restritivas (ou que considerou restritivas) de direitos com o fundamento da insuficiente margem de ponderação deixada para o aplicador: cfr. acórdão n.º 2/13, n.º 9.3.

¹⁶³⁰ *Andrade, Os Direitos...*, p. 270.

Ora, se do ponto de vista material e estrutural não há sustentação para diferenciar leis harmonizadoras e leis restritivas; e se o regime aplicável é o mesmo, eventualmente com poucas diferenças, não se vê razão para manter a diferenciação entre essas duas figuras.

As observações críticas que aqui deixamos, são endereçadas às leis harmonizadoras, tal como definidas alguns números atrás - contrastadas com as leis restritivas - e não às leis de harmonização, com o sentido que lhes demos logo na introdução, sentido esse mais compreensivo e conexo com o de harmonização¹⁶³¹.

De um modo geral, o que sucede é que a Constituição *prima facie* gera condições propícias a inevitáveis colisões entre bens, interesses ou valores, não resolúveis através de regras de preferência constitucionalmente estabelecidas. Perante isso, funciona um comando de harmonização, primariamente dirigido ao legislador. A harmonização legislativa realiza-se através de leis de harmonização, subordinadas a instrumentos mediadores de harmonização, um dos quais é a proibição do excesso. As leis restritivas, sejam as que introduzem restrições *expressamente* permitidas, sejam as que estabelecem restrições *não expressamente* permitidas, são um modo de resolver colisões e, nessa medida, são também leis que cumprem o objetivo da harmonização estabelecido pelo legislador constituinte. As leis de harmonização *incluem* as leis restritivas. A distinção entre restrição e harmonização, como conceitos antagónicos, não colhe: a lei restritiva não escapa ao comando geral da harmonização, em alguma das modalidades que este comporta.

2.3.5. Crítica à distinção entre *restrições ao conteúdo* e *limites ao exercício*; adesão a um conceito de restrições ao conteúdo ou ao exercício

A apreciação crítica desta construção assenta em duas linhas de argumentação.

Em primeiro lugar, aceita-se como dogmaticamente clara e constitucionalmente viável a distinção entre *titularidade* e *exercício* de direitos. A incontestabilidade dogmática advém predominantemente da elaboração teórica do direito

¹⁶³¹ V. introdução.

privado¹⁶³². A viabilidade constitucional assenta nas alusões que a Constituição faz ora à *titularidade* de direitos fundamentais, no artigo 30.º, n.º 5, ora ao *exercício* de direitos, nos artigos 19.º, n.ºs 1 e 5, 164.º, o) e 270.º. Por isso, é analiticamente sustentável distinguir entre (i) intervenções legislativas que recaem sobre a titularidade dos direitos e (ii) intervenções legislativas que incidem sobre o exercício dos direitos (embora haja direitos a que o termo exercício se aplica só num sentido amplo e porventura impróprio, equivalente a *fruição* ou gozo passivo¹⁶³³). As primeiras incidem sobre o *conteúdo* do direito, afetando as posições jurídicas subjetivas de vantagem e de desvantagem em que ele se traduz e a respetiva titularidade.

As segundas não tocam nem no conteúdo nem na titularidade das posições jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem que decorrem do direito; apenas afetam o modo como os titulares daquelas posições podem prevalecer-se delas ou cumpri-las¹⁶³⁴.

Há quem desvalorize a distinção¹⁶³⁵, parcialmente com razão, na medida em que pode ser difícil distinguir entre afetação da titularidade e do exercício como sucede no caso do referido artigo 270.º. Mas também há situações onde a diferença se traça com clareza suficiente. Nesses casos, ela pode ter virtualidades, quer no que toca à atribuição da importância ou peso a interferências que os direitos sofram, quer no que toca à intensidade do controlo da medida legislativa: à partida, parece antecipável que a importância de uma interferência no *conteúdo ou titularidade* de um direito e a intensidade do respetivo controlo são maiores do que a importância de uma interferência no *exercício* do direito e a intensidade de controlo.

Há uma segunda linha de apreciação da tese que distingue restrições e limites ao exercício. Trata-se agora de avaliar se há interesse teórico-conceptual, dogmático ou heurístico, no emprego de dois conceitos distintos, um para as interferências que afetam o conteúdo/titularidade, outro para as que afetam apenas o exercício. Ora,

¹⁶³² No contexto jus-publicista, v. **Stern, *Staatsrecht***, III, § 70, 1064 ss.; **Sachs, *Grundrechte***, pp. 76 ss.; **Alexandrino, *Estruturação...***, pp. 435 ss., nota.

¹⁶³³ Cfr. **Alexandrino, *Estruturação...***, p. 436, concluindo que "exercício" é utilizado num sentido amplo e impróprio no artigo 19.º da Constituição.

¹⁶³⁴ Em sentido diverso, **Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...***, p. 138, defendendo que as "restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm qualquer influência no *conteúdo* do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu *exercício*" (itálico no original).

¹⁶³⁵ V. **Novais, *As restrições...***, p. 194.

não se vislumbram argumentos de natureza material que o aconselhem: em bom rigor, também as normas restritivas estabelecem (novos) limites ao direito. Portanto, quanto muito, poderia falar-se de *limites ao conteúdo* e *limites ao exercício* do direito. Mas, se assim é, não se vê objeção a que se reserve o conceito de restrição para o ato que *dá causa ou produz* o limite e o conceito de limite para o *efeito* do ato restritivo (a restrição tem como efeito a introdução de limites do direito).

Nessa linha, pode distinguir-se entre leis ou *normas restritivas do conteúdo do direito* e leis ou *normas restritivas do exercício do direito*¹⁶³⁶.

As primeiras são intervenções legislativas de carácter ablativo que incidem sobre o âmbito de proteção da norma consagradora do direito e se consubstanciam numa diminuição tendencialmente duradoura da sua extensão, do seu alcance e das faculdades em que se desdobra. Quando se olha para as posições jurídicas subjetivas ativas em que se desdobra o direito *depois da norma legislativa restritiva do conteúdo*, vê-se que aquelas ficaram diminuídos em relação ao que eram *antes* ou em relação à potencial extensão, alcance ou faculdades inerentes àquele direito. A *titularidade* dessas posições jurídicas subjetivas é, assim, suprimida ou negativamente afetada. Nas segundas, *normas restritivas do exercício*, não há amputação de um direito (a sua extensão, alcance e faculdades intrínsecas permanecem intactos), mas apenas a definição geral e abstrata de impedimentos ao seu *exercício*. A restrição do exercício não visa a afetação da titularidade de posições jurídicas subjetivas protegidas pelo direito, apenas visa constranger ou condicionar o seu *exercício*.

Assim, se uma norma legislativa, aproveitando a *faculdade* (se fosse antes uma obrigação, esta traduzir-se-ia num limite constitucionalmente estabelecido ao conteúdo do direito) conferida pela conjugação dos artigos 270.º e 45.º, n.º 2, exclui

¹⁶³⁶ Retificamos o que expusemos em «A actividade de polícia e a actividade policial...», *cit.*, e «Os limites gerais...», *cit.*, pp. 457 ss. Falando também de restrições ao exercício de direito, **Sérvulo Correia, Direito de Manifestação...**, p. 61. Na doutrina circulam outras propostas equivalentes, mas nem sempre felizes do ponto de vista da expressividade: por exemplo, a que distingue entre intervenções *imperativas* e *intervenções fáticas* (**Pulido, El princípio...**, p. 672). As primeiras ocorrem quando se "elimina uma norma ou uma posição de direito fundamental *prima facie*"; as segundas, quando não se suprime abertamente as normas ou posições afetadas, mas se procura influir negativamente na conduta do titular do direito ou na conduta de terceiros. Neste último caso, o legislador "não proíbe diretamente a realização de um comportamento mas influi na conduta do titular do direito fundamental mediante o estabelecimento de vantagens ou desvantagens como consequências associadas à conduta por parte do mesmo titular ou de terceiros" (*ob. cit.*, pp. 672-673).

a possibilidade de os militares e agentes militarizados dos quadros permanentes e em serviço efetivo se manifestarem fardados e nas horas de serviço, há uma restrição que afeta o âmbito de proteção ou conteúdo do direito à manifestação consagrado na Constituição. A norma restritiva do conteúdo implica que os indivíduos compreendidos naquela categoria percam a titularidade de uma posição jurídica - o direito a manifestar-se - que idealmente estava abrangido pelo direito à manifestação. Caso diferente é o de uma norma legislativa que determine que, por motivos de segurança, o direito de manifestação não pode ser exercido no formato de manifestações a pé na Ponte 25 de Abril e possibilite que em concreto sejam adotadas medidas de polícia que impeçam manifestações com esse formato. Essa norma é simplesmente restritiva do exercício do direito à manifestação, não afetando a titularidade desse direito.

Frequentes são as normas legislativas restritivas do exercício que estabelecem *condicionamentos*, ou seja, requisitos de natureza cautelar ou preventiva de tempo, modo e lugar, de cujo cumprimento fazem depender o exercício do direito¹⁶³⁷. O condicionamento não reduz o âmbito de proteção do direito, apenas faz depender o seu exercício do preenchimento de certos requisitos não forçosamente impeditivos¹⁶³⁸. Exemplos, entre muitos: prescrição de prazo, pedido de autorização administrativa, dever de comunicação prévia, imposição de um número mínimo de assinaturas para constituição de partidos ou apresentação de candidaturas, serviços mínimos em dia de greve, apresentação do cartão de utente do Serviço Nacional de Saúde, sujeição das pessoas coletivas religiosas a registo, preenchimento de alguns requisitos para aquisição de personalidade jurídica, idade mínima para a obtenção da plena capacidade negocial.

Subjacente ao desdobramento do conceito de restrição, de modo a abranger quer o estabelecimento de limites ao conteúdo ou âmbito de proteção, quer o estabelecimento de limites ao exercício, está a orientação de que num e noutro caso são aplicáveis *mutatis mutandis* as regras e princípios sobre restrições de direitos, evitando-se assim que os chamados limites ao exercício fiquem numa espécie de

¹⁶³⁷ **Tribe**, *American Constitutional Law*, pp. 580 ss.; **Jónatas Machado**, *Liberdade...*, p. 712. Para uma pormenorizada e elucidativa análise deste tipo de restrições no contexto do direito de manifestação, **Sérvulo Correia**, *O Direito...*, pp. 65 ss.

¹⁶³⁸ **V. Andrade**, *Os Direitos...*, p. 210; **Miranda**, *Manual...*, IV, 5.ª ed., p. 346; **Miranda/Medeiros**, *Constituição...*, I, 2.ª ed., p. 347.

limbo, resguardado do controlo que a Constituição estabeleceu para as restrições, simplesmente devido a uma distinção conceitual¹⁶³⁹. Por muito viável e correta que seja do ponto de vista dogmático, nenhuma distinção conceitual é só por si suficiente para justificar uma defesa deficiente de direitos, particularmente quando as fronteiras daquela distinção sejam fluídas¹⁶⁴⁰. Quanto muito, o *diferente tipo* de restrições poderá justificar diferentes modulações dos instrumentos de controlo ou da intensidade de controlo.

Tomemos o exemplo da obrigação de comunicação da intenção de promover uma manifestação com um mínimo de 48 horas de antecedência. Esta formalidade legal é vista pela doutrina dominante como um mero condicionamento. Por isso, a norma que a define é virtualmente imune ao regime das restrições e a juízos de proibição do excesso¹⁶⁴¹. Ora, tal condicionamento tem a intenção precisa de harmonizar os bens, interesses ou valores conflitantes. Esta harmonização está sujeita a instrumentos mediadores. Se o legislador emitiu a norma simplesmente para satisfazer determinados interesses públicos ou coletivos (por exemplo, permitir às autoridades o conhecimento prévio que lhes possibilite evitar que a circulação de figuras de Estado estrangeiras ou nacionais seja perturbada) é aplicável a proibição do excesso. Isso leva a que a exigência legal de comunicação prévia num prazo mínimo de 48 horas seja proporcional, mas não a de seis meses ou um ano¹⁶⁴².

Note-se, porém, que a diferente configuração da colisão de posições do legislador perante os bens, interesses ou valores colidentes pode conduzir à aplicabilidade de outro instrumento mediador de harmonização. O dever de comunicação prévia visa proteger o exercício dos direitos de quem quer manifestar-se em condições de

¹⁶³⁹ Cfr. **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, p. 100.

¹⁶⁴⁰ Confluyente, **Coutinho**, «Sobre a justificação...», p. 564. Notando a fluidez da distinção entre restrição e condicionamento, entre normas concretizadoras e limitativas ou restritivas, **Andrade**, *Os Direitos...*, pp. 210, 212 ("a distinção entre condicionamento e restrição é fundamentalmente prática"); **Jónatas Machado**, *Liberdade...*, p. 712; **Alexandrino**, *Direitos Fundamentais...*, pp. 124-125.

¹⁶⁴¹ Por exemplo, **Miranda**, *Manual...*, IV, 5.^a ed., p. 346; **Andrade**, *Os Direitos...*, p. 209; **Novais**, *As restrições...*, p. 179 (embora, algo contraditoriamente, pareça admitir que as normas condicionadoras podem ser base de intervenções restritivas legítimas, estando apenas excluídas as ilegítimas); diferentemente, considerando que se trata de restrições, **Sérvulo Correia**, *O Direito...*, pp. 65 ss.; **Baptista**, *Os Direitos...*, p. 170.

¹⁶⁴² Um exemplo apresentado por **Canaris**, *Direitos Fundamentais...*, p. 35: o estabelecimento de uma idade mínima de 25 anos para a plena capacidade negocial seria inconstitucional por violação da proibição do excesso.

segurança, mas também os bens, interesses ou valores cobertos por posições jurídicas subjetivas de quem não quer manifestar-se, de quem necessita de saber com antecedência que vai haver uma manifestação para poder adequar o seu comportamento, de quem não quer ser molestado ou constrangido na sua liberdade de circulação, ou de quem quer manifestar-se em segurança em sentido contrário¹⁶⁴³. Daí decorre que pode não ser a proibição do excesso o instrumento mediador mobilizável.

2.3.6. Crítica à exclusão da aplicabilidade do conceito de restrição em certos domínios

Remetendo-se para o desenvolvimento na parte própria deste trabalho¹⁶⁴⁴, apenas se deixa aqui sinalizado que o conceito das restrições é aplicável no domínio dos direitos sociais. Quando falamos de restrições sob esse chapéu vão abrangidas as intervenções com efeito restritivo sobre direitos sociais, sejam elas designadas simplesmente de interferências, ou de interferências restritivas ou de restrições de direitos sociais. Estas intervenções com efeito restritivo consistem, pelo menos, na diminuição do nível de realização do direito já alcançado.

3. O conceito lato de restrição de direitos

Da exposição que antecede e da perspectiva crítica que fomos deixando, extrai-se que a distinção entre, de um lado, as leis delimitadoras do âmbito de proteção em situações não evidentes, as chamadas leis harmonizadoras no sentido acima criticado e as leis regulamentadoras ou condicionadoras do exercício e, do lado oposto, as leis restritivas no sentido mais estrito adotado por parte importante da doutrina e pela jurisprudência mais representativa¹⁶⁴⁵, não assenta em bases

¹⁶⁴³ Compreende-se, por isso, a inclusão das *omissões estatais de carácter normativo* no conceito de restrição, como propõe **Morais, Direito Constitucional II...**, p. 83.

¹⁶⁴⁴ *Infra*, capítulo 21.

¹⁶⁴⁵ Há inúmeras sistematizações de leis interventivas nos direitos, de algum modo inspiradas na doutrina germânica (uma das mais referidas é a de **Lerche, Übermass.**, pp. 99 ss.; coincidente,

suficientemente sólidas para justificar a distinção de regimes, designadamente no que toca à aplicabilidade da proibição do excesso. Essa conclusão é fulcral para o cumprimento do propósito de definir um quadro tão transparente e simplificado (ou imune a diferenciações não autoevidentes) quanto possível de aplicabilidade do princípio da proibição do excesso a intervenções legislativas.

A orientação que aqui propomos assenta nos seguintes vetores: (i) conceito amplo de intervenção legislativa restritiva, abrigado sob o conceito mais amplo de interferência que delimita o âmbito de aplicação do princípio da proibição do excesso; (ii) identificação precisa das intervenções legislativas que não têm carácter restritivo; (iii) reconhecimento de uma cláusula geral de restrições; (iv) aplicação plena do regime das restrições, na parte em que não tenha sido derogado pela prática constitucional; (v) modulação da aplicação da proibição do excesso consoante o tipo de restrição; (vi) adoção de uma conceção tendencialmente ampliativa do âmbito de protecção *prima facie*.

3.1. Conceito amplo de intervenção legislativa restritiva

Toda a intervenção legislativa que, independentemente da intenção do legislador, atenua ou afete o conteúdo, a extensão e o alcance ou as condições de gozo, fruição ou exercício de uma posição jurídica subjetiva de vantagem, ou acentue posições jurídicas subjetivas de desvantagem, ou aligere as posições jurídicas de desvantagem das entidades públicas (mesmo as não relacionais), decorrentes do âmbito de protecção ideal do direito, tal como resulte de interpretação constitucional

Grabitz, *Der Grundzatz...*, pp. 586 ss.; crítico, **Gentz, *Zur Verhältnismäßigkeit...***, p. 1601). Para efeitos do presente trabalho, não é necessário um exercício de exaustiva enunciação dos vários tipos de leis e normas que intervêm em direitos fundamentais. Todos os autores que se pronunciam sobre o tema ensaiam uma classificação, mas, de um modo geral, são os primeiros a reconhecer a dificuldade de traçar fronteiras claras de classificações intuitivas e autoevidentes. Sobre essas dificuldades, por exemplo, **Baptista, *Os Direitos...***, p. 170. Dentro das sistematizações mais simples, v. **Canotilho, *Direito...***, 7.^a ed., pp. 1263 ss.; **Vaz, *Lei...***, p. 309, distinguindo lei conformadora (concretizadora ou regulamentadora/reguladora) e lei restritiva. **Novais, *As restrições...***, pp. 178 ss., distingue entre normas *restritivas* e de *desenvolvimento*. Dentro das segundas, o autor distingue ainda as de *materialização* ou *densificação* e as de *configuração*. Por seu turno, nestas últimas há as de *conformação em sentido restrito*, as de *regulamentação* e as de *concretização*. **Andrade, *Os Direitos...***, pp. 208 ss., diferencia leis ordenadoras, condicionadoras, interpretativas (delimitadoras ou concretizadoras), constitutivas (ou conformadoras), protetoras, promotoras e ampliativas, harmonizadoras. Mesmo que se possa enaltecer o cuidado analítico, nenhuma classificação está isenta da crítica da complexidade e da obscuridade de fronteiras.

subordinada a critérios de evidência¹⁶⁴⁶, é uma intervenção legislativa restritiva num direito para efeitos de aplicação do princípio da proibição do excesso e dos outros limites às restrições¹⁶⁴⁷. As intervenções legislativas restritivas transformam o *âmbito de proteção ideal, ou prima facie*, em *âmbito de proteção efetivo ou atual*. Este pode coincidir ou não com o *âmbito de proteção incompressível*, o qual se define como o âmbito de proteção (ou conteúdo essencial) irrestringível. O conceito de intervenção (ou norma) legislativa restritiva, com este sentido amplo¹⁶⁴⁸, além de abranger o que se considera pacificamente restrições (expressa ou implicitamente permitidas), abrange o que a doutrina e a jurisprudência nacionais têm epigrafado de: (i) normas identificadoras de limites imanentes implícitos não evidentes; (ii) normas densificadoras de limites sustentadas em interpretações restritivas do âmbito de proteção ideal do direito; (iii) normas harmonizadoras de colisões ou conflitos de direitos; (iv) normas que regulamentam ou estabelecem limites ao exercício do direito, designadamente as condicionadoras¹⁶⁴⁹.

A intervenção legislativa restritiva é uma das *interferências* que desencadeiam a aplicação do princípio da proibição do excesso. Sempre que neste trabalho aludimos simplesmente a interferências sobre bens, interesses ou valores, o conceito integra as intervenções legislativas restritivas de direitos, nesta aceção ampla.

¹⁶⁴⁶ Podendo aqui falar-se de um nexo de causalidade ou de *adequação negativa*: assim, **Pulido, El principio...**, p. 668, citando a jurisprudência constitucional alemã.

¹⁶⁴⁷ Esta conceção ampla aproxima-se da defendida por **Alexy, Teoria...**, pp. 294 ss. ou **Van Drooghenbroeck, La Proportionnalité...**, p. 79.

¹⁶⁴⁸ Uma aceção ampla do conceito de intervenção legislativa restritiva foi inequivocamente sufragada pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 632/08, sobre duração do período experimental. Aí considerou-se (n.º 10) "*restrição* a um direito toda a «acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido [...] ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultem para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental» (**Novais, As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, Coimbra, 2003, p. 247)". A orientação do texto tem, além disso, pontos de confluência com outros autores: cfr. notoriamente **Borowski, La estructura...**, pp. 94 ss. (na medida em que dilui a distinção entre configuração e restrição, mesmo quando tem assento constitucional explícito) e **Virgílio Afonso da Silva, Direitos Fundamentais...**, p. 40 e outros locais.

¹⁶⁴⁹ Não há coincidência total entre o que se defende no texto e a posição de **Baptista, Os Direitos...**, pp. 167 ss., uma vez que o autor deixa de fora do perímetro das restrições o que alguns autores designam de leis harmonizadoras e ele designa de leis que compõem colisões entre direitos, liberdades e garantias e outros direitos ou bens constitucionais (posição já criticada *supra*). Sem embargo, os resultados a que se chega em aspetos relevantes são semelhantes, na medida em que sustenta que também estas leis estão sujeitas ao princípio da proibição do excesso (*ob. cit.*, p. 175).

A concretização de intervenções legislativas restritivas é realizada através de *atos concretizadores das restrições*, que podem ter natureza regulamentar ou caráter individual e concreto (atos da administração, entre os quais as medidas de polícia, e decisões judiciais) ¹⁶⁵⁰.

Sempre que a interpretação - com predomínio do elemento literal¹⁶⁵¹ - não revele um *argumento categórico e evidente* sobre a exclusão de um certo comportamento,

¹⁶⁵⁰ Embora seja um tema lateral à identificação das intervenções *legislativas* que desencadeiam a aplicação da proibição do excesso, importa tomar posição sobre aquilo que um número crescente de autores designa por *intervenções restritivas*, contrapostas às leis restritivas: cfr. **Pedro Gonçalves**, «Advertências da Administração Pública», in *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 723 ss., esp. pp. 764 ss.; **Canotilho/Moreira, Constituição...**, p. 388; **Canotilho, Direito...**, 7.^a ed., p. 1265; **Novais, As restrições...**, pp. 205 ss.; **Miranda, Manual...**, IV, 5.^a ed., pp. 422-423; **Miranda/Medeiros, Constituição...**, p. 350; **Morais, Direito Constitucional II ...**, p. 83; **Alexandrino, Direitos...**, p. 125; **Coutinho**, «Sobre a justificação...», pp. 566 ss.; **Carneiro Filho**, «Intervenção...», pp. 167 ss.; diferentemente, **Baptista, Os Direitos...**, p. 181, preferindo "ablações". Em primeiro lugar, não parece totalmente feliz a terminologia: também as intervenções legislativas podem ser intervenções restritivas. Melhor será falar de *intervenções legislativas restritivas*, como fazemos no texto, e de *intervenções individuais e concretas restritivas*. Em segundo, as intervenções individuais e concretas restritivas pedem um tratamento diferenciado consoante se trate de (i) *intervenções restritivas concretizadoras* de leis (ou normas) restritivas, ou de (ii) *intervenções restritivas independentes* de leis (ou normas) restritivas. Tratando-se de matéria de direitos fundamentais, as intervenções restritivas concretizadoras, isto é, as que pressupõem *lei e ponderação prévia do legislador*, são a regra (confluente, **Alexandrino, Direitos...**, p. 125). Isto é assim mesmo quando as *intervenções individuais e concretas restritivas* têm direta credenciação constitucional, seja ou não exigida lei prévia pela Constituição (v. artigos 27.^o, n.ºs 1 e 2, 28.^o ou 29.^o). As *intervenções concretizadoras* de leis ou normas restritivas estão também sujeitos ao princípio da proibição do excesso (assim, **Canotilho, Direito...**, 7.^a ed., p. 1266, referindo-se genericamente ao que a doutrina citada designa por intervenções restritivas).

Coloca-se, porém, a possibilidade de ausência *absoluta* de qualquer tipo de ponderação prévia do legislador, vertida numa lei (cfr. **Alexandrino, Direitos...**, pp. 126-127; **Coutinho**, «Sobre a justificação...», p. 567; **Miranda/Medeiros, Constituição...**, p. 350). Por definição, são situações que só podem ser resolvidas através de *intervenções restritivas independentes* de leis (ou normas legislativas). Se suscitadas por colisões de bens, interesses ou valores, estas intervenções requerem necessariamente operações de *ad hoc balancing*, assistidas por instrumentos como a proibição do excesso. Determinando a cedência total ou paritária de direitos, só podem ser admitidas em casos extremos: estão vedadas aos órgãos administrativos (podendo, eventualmente discutir-se a possibilidade de intervenção restritivas independentes de leis ou normas restritivas em situações de estado de necessidade administrativa: cfr. **Andrade, Os Direitos...**, 5.^a ed., p. 226; **Coutinho**, «Sobre a justificação...», p. 568); podem ser produzidas limitadamente pelo juiz, apenas em situações de flagrante e intolerável ameaça pendente sobre uma posição jurídica subjetiva (e nunca de simples ameaça, ainda que flagrante, para outros bens, interesses e valores não subjetivados). Em termos mais permissivos, **Baptista, Os Direitos...**, pp. 183 ss.

Sobre a questão de saber se as intervenções individuais e concretas restritivas podem afetar o conteúdo essencial dos direitos, a doutrina parece tender para uma resposta afirmativa: cfr. **Miranda, Manual...**, IV, 5.^a ed., p. 423; **Sérvulo Correia, O Direito...**, p. 75; **Baptista, Os Direitos...**, p. 182. Isso merece porém reflexão. Não se vê que intervenções desta natureza- que ou são atos materializadores de leis restritivas que têm, elas próprias, de respeitar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais de direitos, ou são atos produzidos independentemente de lei, em situações excepcionais - possam afetar aquele conteúdo essencial. Quanto muito afetam episodicamente o seu exercício em termos integrais numa circunstância concreta, como no caso das interdições de manifestações (cfr. **Sérvulo Correia, ob. cit.**, pp. 73 ss.).

¹⁶⁵¹ **Baptista, Os Direitos...**, p. 165.

ato, situação, posição jurídica ou pretensão do âmbito de proteção ideal ou *prima facie* de um direito, deve considerar-se que o integra, nos termos de uma *conceção tendencialmente ampliativa* ou de *limiar máximo* daquele âmbito de proteção¹⁶⁵². Qualquer norma legislativa que com ele contenda, proibindo-o, excluindo-o, afetando-o negativamente ou perturbando-o, mesmo que isso não corresponda a um propósito deliberado do legislador¹⁶⁵³ e mesmo que haja dúvidas sobre se o alcance da norma legislativa é realmente esse¹⁶⁵⁴, deve ser sujeita ao crivo da proibição do excesso. Vimos anteriormente que não é esse o caso das intervenções legislativas que proíbam roubar, agredir fisicamente ou matar, sequestrar, falsificar moeda, violar o domicílio de outrem, estuprar, praticar sacrifícios humanos em cerimónias religiosas. Esses comportamentos estão *evidentemente* fora do âmbito de proteção ideal de qualquer direito, o qual é tendencialmente *finito*¹⁶⁵⁵. Já a

¹⁶⁵² Criticando as orientações que defendem um limiar máximo do âmbito de proteção (*threshold model*), v., por todos, **Möller**, «Proportionality...», pp. 160 ss. Não se ignora a força da reserva que coloca, designadamente, à possibilidade de definir "por onde traçar a linha" entre o que cai no âmbito ideal de proteção *prima facie* e o que fica fora. Mas também, não se pode simplesmente abdicar - acusação que alguns dirigem ao *BVerfG* - de enunciar um critério que retire do âmbito de proteção de direitos fundamentais as "*evil activities*". Em contrapartida, a *inflação de direitos fundamentais* (*ob cit.* pp. 159 ss., 172) enfrenta uma dificuldade crucial. Se fosse correto que o modelo global dos direitos fundamentais se baseia numa ideia de autonomia radical, isto é, no genérico princípio de que a autonomia das pessoas requer que *todos os interesses sejam adequadamente considerados em todas as ocasiões*, tendo apenas de superar o crivo da proibição do excesso, as normas de direitos seriam supérfluas. *Simpliciter*, a tese de **Möller** levaria à admissão de que a constituição teria de conter apenas uma norma como a seguinte: "todos gozam da mais ampla autonomia, a qual só pode ser objeto de interferência se esta for justificada através da aplicação do princípio da proibição do excesso". No fundo, uma norma idêntica à que chegou a ser proposta aquando da redação do artigo 2.º, n.º 1, da GG: "*Jeder kann tun und lassen was er will*". As normas de direitos que as constituições e convenções internacionais foram laboriosamente consolidando seriam pouco mais do que redundantes ou inúteis uma vez que todos os interesses, ainda que imorais, seriam objeto de um direito *prima facie*. A enunciação de direitos na constituição não seria mais do que um ocioso exercício de floreado constitucional. Coincidente, **Huscroft**, «Proportionality...», p. 189.

¹⁶⁵³ Sobre a relevância de fatores objetivos em detrimento dos fatores subjetivos, v. **Hotz, Zur Notwendigkeit...**, pp. 31 ss.; **Eckhoff, Der Grundrechtseingriff...**, pp. 236 ss.; **Pulido, El principio...**, p. 666. Pode discutir-se se uma apreciação estritamente objetiva não deve ter o limite da *previsibilidade* ou pelo menos, da possibilidade de prever, que a medida legislativa pode ter consequências restritivas: cfr. **Béatrice Weber-Dürler**, «Der Grundrechtseingriff», in *Der Grundrechtseingriff. Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Osnabrück vom 1. bis 4. Oktober 1997*, de Gruyter, 1998, pp. 88 ss. Uma conceção essencialmente objetivista inclui no âmbito das restrições, designadamente, as meramente *incidentais*, decorrentes de *leis gerais* não intencionalmente dirigidas a impor restrições, mas tangencialmente impactantes em direitos. **Jónatas Machado, Liberdade...**, p. 719, adverte que o controlo destas restrições incidentais deve circunscrever-se a um número limitado de casos, segundo um critério de *substancialidade* da restrição.

¹⁶⁵⁴ Assim, invocando os princípios *in dubio pro libertate* e da máxima eficácia dos direitos fundamentais, **Pulido, El principio...**, p. 670.

¹⁶⁵⁵ **Huscroft**, «Proportionality...», pp. 195 ss.

resposta à questão de saber, por exemplo, se há algum direito cujo âmbito de proteção ideal abranja o consumo de drogas ditas leves, tabaco ou álcool, a prática do aborto, a pintura de *grafiti* ou a circulação automóvel sem cinto de segurança, não preenche aquela exigência de evidência. Uma norma legislativa que afete esses comportamentos não pode furtar-se ao controlo da proibição do excesso com o fundamento de que se limita a interpretar - ou a configurar - o âmbito normativo de direitos consagrados na Constituição¹⁶⁵⁶.

Isto é aplicável mesmo quando se trate da verificação de figuras alternativas, como a dos limites gerais imanentes¹⁶⁵⁷.

3.2. Intervenções legislativas sem carácter restritivo

Este pano de fundo fornece o quadro conceptual que possibilita o recorte das intervenções legislativas *não integráveis* no conceito de restrição e, consequentemente, *não expostas* à aplicação do princípio da proibição do excesso como norma de ação ou de controlo. Se um ato se limitar a *definir* as (ou a aprofundar a definição das) possibilidades de uma posição jurídica subjetiva ainda não definidas por completo, a *desenvolver* essas possibilidades, a criar as condições institucionais, organizativas ou normativas propícias à plena exploração de tais possibilidades, a *clarificar* os limites previamente existentes da tutela de um bem, interesse ou valor ou até a definir *novas* possibilidades, não há restrição ou limitação no sentido acima sugerido, não havendo lugar à aplicação da proibição do

¹⁶⁵⁶ Apelando também a critérios de evidência e de distinção entre casos difíceis e casos evidentes de exclusão/inclusão, **Novais, As restrições...**, por exemplo, p. 869; **Baptista, Os Direitos...**, pp. 160-161, admitindo que há aí uma concessão limitada à teoria interna.

¹⁶⁵⁷ V. uma proposta de limites gerais imanentes ao exercício de direitos, "desvitalizada" da sua carga dogmática original, em **Novais, As restrições...**, pp. 868 ss. (referindo especificamente a prevenção legislativa do abuso de direitos).

excesso¹⁶⁵⁸. Trata-se aí de intervenções concretizadoras, designadamente de normas não totalmente exequíveis por si mesmas, protetivas e aditivas¹⁶⁵⁹.

Contudo, tem de se reconhecer que esse recorte nem sempre resulta evidente na prática. Como já se assinalou, uma lei pode ter simultaneamente intuitos ou efeitos concretizadores, protetivos, ampliativos e intuitos ou efeitos restritivos. Nessas circunstâncias será primária ou complementarmente restritiva. Todavia, não se justifica a submissão de *todas as suas normas* ao crivo da proibição do excesso. Embora isso muitas vezes seja uma operação de delicada filigrana e máxima dificuldade, terá de se promover o destacamento do segmento restritivo, o único a ser avaliado à luz daquele teste. Mas as intervenções legislativas só ficam fora do conceito amplo de restrição se não houver *qualquer* dúvida de que com a concretização, proteção ou adição, se não está a diminuir o âmbito de proteção ideal de qualquer direito, ainda que colateralmente.

Vejam-se as normas da Lei da Liberdade Religiosa¹⁶⁶⁰ que protegem, promovem e até amplificam as liberdades de consciência, de religião e de culto. Por exemplo, a atribuição de benefícios fiscais às igrejas e comunidades religiosas radicadas (artigo 32.º da Lei) representa uma intervenção na liberdade de religião. Na medida em que é uma lei que acrescenta um conjunto de vantagens que a Constituição não associa diretamente a essa liberdade, não está sujeita a uma etapa de justificação mediada pela proibição do excesso. Sem embargo, não se pode excluir que essas intervenções protetivas ou aditivas - isto é garantidoras, fomentadoras ou adicionadoras de posições jurídicas subjetivas de vantagem, ou atenuadoras de posições jurídicas subjetivas de desvantagem - tenham como reverso a geração de *outras* posições jurídicas de desvantagem ou a diminuição de *outras* posições jurídicas de vantagem (por exemplo, a submissão a regras contabilísticas estritas, ou a obrigações de reporte). Se assim for, nessa dimensão são consideradas restritivas. Não sendo

¹⁶⁵⁸ Assim, ao contrário do que se admite no acórdão n.º 376/05 do Tribunal Constitucional, o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade não seve de parâmetro para a avaliação de um ato legislativo (da Assembleia Legislativa da Madeira) que atribui subvenções aos partidos políticos ou aos grupos parlamentares daquela Assembleia. Nesse acórdão pode ler-se, por exemplo, que “o princípio, embora com mais intensa aplicação na ponderação constitucional das restrições à liberdade e autonomia individuais, cumpre uma função de parâmetro de controlo da actuação dos poderes públicos em Estado de Direito democrático e social nos vários domínios em que estes se desenvolvem”.

¹⁶⁵⁹ **Miranda, *Manual...***, IV, 5.ª ed., p. 407.

¹⁶⁶⁰ Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho.

essas restrições expressamente permitidas, é mais uma situação que suscita a questão da vigência de um princípio geral implícito de permissão geral de restrições ou, para utilizar uma expressão consagrada, uma *cláusula geral de restrições*.

3.3. Cláusula geral de restrições

A existência de princípios constitucionais implícitos, isto é princípios não explicitamente formulados mas extraídos pelo intérprete de normas concretas, de conjuntos de normas, ou da constituição como unidade de sentido¹⁶⁶¹, é geralmente aceite, mesmo pelo pensamento jurídico mais conservador. Um caso de um princípio constitucional implícito que o intérprete extraiu da Constituição ou de normas materialmente recebidas pela Constituição é o princípio da cláusula geral de restrições de direitos fundamentais.

Para alguns, esta cláusula geral de restrições fundar-se-ia no artigo 29.º, n.º 2, da DUDH¹⁶⁶². Mas o argumento fornecido por este preceito, sendo relevante, não é só por si decisivo, além de ser controvertido¹⁶⁶³. Na realidade, a cláusula geral de restrições resulta do influxo da constituição *prima facie* sobre as normas de direitos fundamentais. Salvo algumas exceções, estas tendem a ser interpretadas como normas que estabelecem proibições ou obrigações *prima facie* de comportamentos do legislador que podem ser derrotadas por outras considerações, sejam

¹⁶⁶¹ Cfr., por todos, **Guastini**, *Distinguendo...*, pp. 156 ss.

¹⁶⁶² O pronunciamento mais claro nesse sentido é da autoria de **Sérvulo Correia**, *O Direito...*, pp. 62 ss., falando da receção de "uma *cláusula geral de limites* capaz de preencher uma óbvia lacuna do nosso texto fundamental" e criticando a tese de **Novais** da "reserva geral imanente vazia", desacompanhada de um elenco de valores suscetíveis de fundamentar restrições não expressamente autorizadas; em última análise, também se pode ler a posição de **Miranda**, *Manual...*, IV, 5.ª ed., pp. 189 ss., nessa ótica. Partindo da distinção entre restrições e limites ao exercício, defende a existência de uma *cláusula geral de limites ao exercício* de direitos fundada no artigo 29.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sem embargo, a verdade é que nem a distinção entre restrições e limites ao exercício tem consistência dogmática suficiente, nem a DUDH consente essa distinção. Por isso, falar de *cláusula geral de limites ao exercício* acaba por equivaler a falar de *cláusula geral de restrições*; v., também, **Otero**, «Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição...», p. 610.

¹⁶⁶³ Contesta-se que aquele preceito da DUDH possa realmente assumir uma função de *cláusula de limites* ou de *restrições* no contexto normativo da Constituição de 1976 e não exclusivamente a função (garantística) de cláusula de limites aos limites: assim, **Canotilho**, *Direito...*, 7.ª ed., p. 1280 (a crítica já vinha das edições anteriores); **Matos**, «Recurso hierárquico...», p. 89; **Novais**, *As restrições...*, pp. 520 ss.; **Jónatas Machado**, *Liberdade...*, p. 744; **Alexandrino**, *Estatuto Constitucional ...*, pp. 99 ss.; **Coutinho**, «Sobre a justificação...», p. 564.

decorrentes da obrigação de proteção de outros direitos, sejam decorrentes da decisão de satisfazer específicos interesses públicos¹⁶⁶⁴. Esta interpretação e a concomitante extração de uma cláusula geral de restrições não resulta da DUDH, mas é alentada pela circunstância de quer a DUDH quer normas constitucionais de muitos ordenamentos de referência, constitucionais ou convencionais, incorporarem atualmente cláusulas gerais de restrição¹⁶⁶⁵, sem que nisso se veja uma ameaça à liberdade ou o sintoma de um ambiente jusfundamental menos saudável. Alicerçada nesta interpretação, a prática constitucional portuguesa ou ignorou o artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, reconhecendo-lhe uma relevância não mais do que residual¹⁶⁶⁶ ou *desaplicou-o* deliberadamente por razões várias, com fundamentos diversos, objetivos distintos e expedientes técnicos diferenciados. Mesmo não adotando ainda, formalmente, o conceito amplo de restrição que propomos ou a ideia de cláusula geral de restrições, a maioria da doutrina e, em termos menos cristalinos, a jurisprudência constitucional, aceitam a possibilidade de restrições não expressamente permitidas pela Constituição^{1667/1668}. Isto é, às

¹⁶⁶⁴ Na jurisprudência constitucional portuguesa há suficientes exemplos indiciadores desta interpretação. É certo que inicialmente isso apareceu revestido da roupagem dos limites iminentes: v., por exemplo, acórdão n.º 81/84, sobre limites à liberdade de expressão. Porém, há exemplos claros que só podem ser explicados pela aceitação de uma cláusula geral de restrições. Cfr., por todos, o acórdão n.º 254/99 (n.º 7) do Tribunal Constitucional, sobre o direito à informação instrumental ao direito de tutela jurisdicional (artigo 268.º, n.ºs 1, 2, 4, 5), relatado por Sousa Brito: todos os direitos fundamentais "podem ser limitados ou comprimidos por outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos (...) sendo sempre necessário fundamentar a necessidade da limitação ou compressão quando ela não se obtém por interpretação das normas constitucionais que regulam esses direitos". Esta cláusula geral vale, inclusive, nas situações em que o direito está sujeito a reserva de lei ou a limites especificamente previstos na Constituição. A reserva de lei ou a definição de limites específicos não exclui *outros* limites.

¹⁶⁶⁵ Cfr. **Barak, *Proportionality***..., p. 263, enfatizando que mesmo quando não há cláusula expressa nesse sentido se deve entender que há uma cláusula implícita.

¹⁶⁶⁶ Descontado o caráter empírico, é interessante o dado estatístico avançado por **Alexandrino, *A Estruturação***..., p. 638: a percentagem de referências do Tribunal Constitucional à norma do artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, não excederia 5% das decisões estudadas.

¹⁶⁶⁷ Assim, **Matos**, «Recurso hierárquico...», p. 89; **Miranda, *Manual***..., IV, 5.ª ed., p. 414; **Canotilho/Moreira, *Constituição***..., 4.ª ed., p. 389; **Novais, *As restrições***...; **Baptista, *Os Direitos***..., p. 178; **Alexandrino, *A Estruturação***..., pp. 451, 645 ss.; **Baptista, *Os Direitos***..., p. 178; **Miranda/Medeiros, *Constituição***..., I, 2.ª ed., p. 366; **Coutinho**, «Sobre a justificação...», p. 563, e outros.

¹⁶⁶⁸ Aliás, o primeiro a distanciar-se ostensivamente da proibição de restrições não expressamente permitidas foi o legislador, como o comprova um *corpus* legislativo de décadas. Uma manifestação peculiar desse "estado de espírito" é o artigo 6.º, n.º 1, da citada Lei da Liberdade Religiosa. Reconhecendo o artigo 41.º, n.º 1, da CRP, a liberdade de consciência, de religião e de culto sem qualquer reserva de restrição, o artigo 6.º, n.º 1, da LLR contrapõe que "a liberdade de consciência, de religião e de culto só admite as restrições necessárias para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos". Isto é: a Constituição não autoriza expressamente restrições ao

restrições *expressamente* permitidas adita-se a figura das restrições *não expressamente* permitidas¹⁶⁶⁹, que recobre restrições implicitamente permitidas e restrições não proibidas nem permitidas de todo pela Constituição¹⁶⁷⁰.

Na prática, a cláusula altamente criteriosa e defensiva do artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, foi despromovida a uma simples cláusula de *advertência* do intérprete e dos destinatários da lei restritiva¹⁶⁷¹. Desse modo, ficou aberto o caminho para *uma cláusula geral não escrita de restrições*, semelhante às que encontramos em instrumentos com valor constitucional ou convencional, antigos e recentes¹⁶⁷², articulada com a linguagem da ponderação, da proporcionalidade ou da proibição do excesso e de outros institutos, também eles usados universalmente de maneira crescente.

A cláusula geral tem o seguinte conteúdo: todos os direitos não absolutos podem ser objeto de interferências quando isso for necessário para prosseguir fins de salvaguarda de outros direitos ou outros interesses constitucionalmente protegidos ou decorrentes da DUDH, sendo *prima facie* proibidas interferências com fins não constitucionalmente permitidas¹⁶⁷³.

direito? Nada a temer: a lei *substitui-se* à Constituição na permissão expressa das restrições legislativas necessárias para salvaguardar direitos ou interesses constitucionais...

¹⁶⁶⁹ É a *ratio* da construção de autores como **Novais, *As restrições...***, **Canotilho, *Direito...***, 7.ª ed., p. 1277 ou **Canotilho/Moreira, *Constituição...***, 4.ª ed., p. 391.

¹⁶⁷⁰ Essa hipótese parece mais transparente e menos elíptica do que as orientações que admitem (apenas) restrições *implicitamente* permitidas a par das restrições *expressamente* permitidas, deixando sem resposta nem cobertura adequada as situações em que o legislador constituinte não pôde prever expressamente a necessidade de uma restrição e tão pouco deixou qualquer indicação donde possa retirar-se uma permissão implícita ou indireta de restrição. Desse modo, ficariam sem enquadramento constitucional as situações, eventualmente residuais, mas teoricamente concebíveis, em que não há nem permissão expressa nem implícita, mas há necessidade de restrição.

¹⁶⁷¹ **Miranda/Medeiros, *Constituição...***, p. 367: o que afinal a Constituição pretende é que as leis restritivas sejam "adequadamente sinalizadas".

¹⁶⁷² Cfr. *supra*, para as indicações mais relevantes. Veja-se, por todos, por ser recente, o artigo 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (sobre isso, **Alessandra Silveira**, anotação ao artigo 52.º da Carta in **Alessandra Silveira/Mariana Canotilho** (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013). Defendendo uma competência geral do legislador para intervir nos direitos fundamentais, **Pulido, *El principio...***, p. 538 (notando que todo o sistema constitucional é incompatível com qualquer tipo de direitos ilimitados); **Barak, *Proportionality...***, pp. 32 ss., 260; **Pirker, *Proportionality...***, p. 128.

¹⁶⁷³ A cláusula geral tem de ter balizas ou critérios. Não pode ser totalmente aberta, diferentemente do que tendem a aceitar aqueles que sustentam que a competência do legislador para configurar os direitos fundamentais deve ter a maior extensão possível: assim, **Pulido, *El principio...***, p. 714, entre outros locais. A referência à DUDH reporta-se às exigências da moralidade, da ordem pública e do bem estar geral numa sociedade democrática do artigo 29.º da DUDH. Embora a cláusula geral de restrições não resulte da receção do referido artigo 29.º, mas sim da prática constitucional, o seu conteúdo pode ser preenchido com o contributo daquela disposição que, aliás, tem inspirado vários

Não pode ver-se aqui um regresso à colocação dos direitos "na disposição limitativa do legislador"¹⁶⁷⁴. A aceitação de uma cláusula geral de restrições é a forma de assegurar o cumprimento póstumo do programa garantístico do art.º 18.º, n.º 2, primeira parte. Esta cláusula geral aumenta a possibilidade de intervenções legislativas restritivas, mas apenas nominalmente, uma vez que a integralidade das novéis restrições já o eram antes de o serem, isto é, andavam simplesmente camufladas atrás de outras figuras dogmáticas.

3.4. Aplicação plena do regime das restrições, na parte em que não tenha sido derogado pela prática constitucional

Além da transparência, há uma vantagem decisiva: à custa do sacrifício do artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, assegura-se a plena aplicação de todos os outros limites das restrições, desse modo inequivocamente confirmados e não obstaculizados por biombos conceituais que servem, umas vezes, de justificação para a não aplicação daqueles limites, outras vezes condescendem magnânima e casuisticamente nessa aplicação. Distinções dogmático-analíticas entre intervenções legislativas, como a atrás enunciada distinção entre lei reveladora de limites imanentes (mesmo numa versão *a posteriori*) e lei restritiva, ou lei restritiva e limitativa, ou outras, como leis restritivas e harmonizadoras, não podem ser tomadas como critérios determinantes da delimitação da fronteira entre intervenções legislativas submetidas a um regime de limites (onde se inclui a proibição do excesso) e à concomitante sindicabilidade, e intervenções legislativas cujo destino cai essencialmente na liberdade de conformação do legislador. Haja restrição do conteúdo e titularidade ou restrição do exercício, restrição ou "harmonização", o ponto relevante é se há ou não *justificação*. Crucial é saber qual a *causa*, o *motivo* e o *fim último* da intervenção legislativa e os seus *efeitos* substancialmente restritivos, sem excluir os meramente

textos constitucionais por esse Mundo fora: cfr. **Barak, *Proportionality...***, p. 260. Não se pode discutir aqui o tema da *indeterminação* daquelas exigências da DUDH. Tal como no texto, **Coutinho, «Sobre a justificação...»**, p. 564.

¹⁶⁷⁴ **Canotilho, *Direito...***, 7.ª ed., p. 1280.

incidentais¹⁶⁷⁵ e não o carácter nominal daquela¹⁶⁷⁶ - concretização ou densificação, desenvolvimento, harmonização, restrição ou limitação do preceito constitucional ou da norma jusfundamental, lei geral -, que tem valor meramente instrumental. Quando o legislador é chamado a intervir para superar, resolver ou compor conflitos ou colisões de direitos entre si ou de direitos com outros bens, interesses ou valores¹⁶⁷⁷, seja esse fim expressamente assumido ou não, é inevitável que a intervenção legislativa produza um impacto ablativo nos direitos e/ou nos outros bens, interesses ou valores que, no limite, pode ser quase impercetível, mas sempre existirá. Nesse contexto, a intervenção legislativa suscita invariavelmente um problema de *justificação* da solução adotada, a ser aferida mormente através da sujeição a instrumentos mediadores de harmonização. Todas estas intervenções legislativas se integram no conceito amplo de restrição aqui proposto e estão claramente sujeitas aos limites às restrições. Dessa clareza beneficia a aplicação do princípio da proibição do excesso e dos outros instrumentos mediadores de harmonização, aplicáveis consoante a colisão em causa.

3.5. Modulação da aplicação da proibição do excesso consoante o tipo de restrição

A adoção de uma conceção ampla de restrição não obsta a que se admita que *há vários tipos* de restrições e que isso pode suscitar modulações aplicativas do respetivo regime, incluindo no que toca à intensidade de controlo. Esse aspeto adquire particular refração na metódica de aplicação da proibição do excesso: por exemplo, a modulação aplicável do princípio pode ter, eventualmente, uma

¹⁶⁷⁵ Pensamos aqui especificamente nas *leis gerais* que, não visam primacialmente a restrição de direitos, mas produzam efeitos restritivos *incidentais*: v. **Jónatas Machado, Liberdade...**, p. 718.

¹⁶⁷⁶ Aliás, normalmente não unívoco ou unidimensional.

¹⁶⁷⁷ E é-o permanentemente, vista a natureza intrinsecamente conflitual (**Andrade, Os Direitos...**, p. 193) do sistema de garantias de bens, interesses e valores. Usando uma expressão de **Yi, Das Gebot...**, p. 123, hoje não há dúvida que há um *direito constitucional em (da) colisão*.

intensidade superior quando se trate de restrições ao conteúdo do direito ou quando se trate de restrições não expressamente permitidas¹⁶⁷⁸.

4. Conclusão: a interferência como pressuposto de aplicabilidade da proibição do excesso

Com a exposição que antecede, clarificámos o conceito de restrição ou de intervenção legislativa restritiva em direitos fundamentais. Desse modo densificámos uma das principais figuras integrantes do conceito de interferência em bens, interesses ou valores.

Outras figuras, também integrantes desse conceito, são a suspensão do exercício de direitos e a criação de deveres autónomos.

Por outro lado, assinalou-se no início do capítulo que o conceito de interferência em bens, interesses ou valores é usado também quando esses bens, interesses ou valores afetados não são posições jurídicas subjetivas. O conceito de interferência recobre as intervenções legislativas que produzam efeitos ablativos (sacrificadores, supressores, redutores) do conteúdo ideal, ou perturbadores da fruição ou realização, de bens, interesses ou valores, qualquer que seja a sua natureza, subjetivada ou coletiva. A existência de uma interferência em bens, interesses ou valores é um dos pressupostos de aplicabilidade do princípio da proibição do excesso. Resta porém averiguar se releva toda e qualquer classe de interferências, tema que enfrentaremos depois de lidarmos com outros dois pressupostos de aplicabilidade.

¹⁶⁷⁸ V. Novais, *As restrições...*, pp. 571-581, 600-602; Sérvulo Correia, *Direito de Manifestação...*, p. 62 (aludindo a um ónus acrescido de fundamentação e argumentação); Baptista, *Os Direitos...*, p. 180.

Dez

**NÃO DIMINUIÇÃO DA EXTENSÃO E ALCANCE DO CONTEÚDO
ESSENCIAL DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS,
LIBERDADES E GARANTIAS**

1. A garantia do conteúdo essencial no artigo 18.º, n.º 3, da Constituição

Pressuposto de aplicabilidade da proibição do excesso é que a colisão normativa que suscita a intervenção legislativa não envolva o conteúdo essencial de preceitos sobre direitos, liberdades e garantias. Se estiver em causa tal conteúdo essencial, a figura aplicável àquela intervenção legislativa não é a proibição do excesso mas a proibição da diminuição do conteúdo essencial. Vejamos em que termos.

A última parte do artigo 18.º, n.º 3, proíbe que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias diminuam "a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais" garantidores desses direitos. É consensualmente aceite que a disposição se inspirou (embora não literalmente) no artigo 19.º, n.º 2, da Lei Fundamental alemã¹⁶⁷⁹. Consequentemente, boa parte das leituras, das polémicas e das construções teóricas que este preceito tem provocado na Alemanha¹⁶⁸⁰

¹⁶⁷⁹ "(2) *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*". Sobre os antecedentes do art.º 19.º, n.º 2, e sobre a sua transposição para outros textos constitucionais e, mais recentemente, para o direito da União Europeia, **Michael**, «El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?», in *ReDCE*, vol. 6, núm. 11 (2009), pp. 165-187, 166, acedido em Março de 2014 em http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/06_LOTHAR%20MICHAEL.pdf, pp. 166 ss.

¹⁶⁸⁰ A bibliografia alemã e a bibliografia em língua portuguesa por ela influenciada são vastas. Entre muitos, **Krüger**, «Der Wesensgehalt...», *cit.*; **Dürig**, «Der Grundsatz von der Menschenwürde...», *cit.*; **Zivier**, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, *cit.*; **Häberle**, *Die Wesensgehaltgarantie...*; **Hippel**, *Grenzen und Wesensgehalt...*, *cit.*; **Jäckel**, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung...*, *cit.*; **Krüger / Seifert**, *Die Einschränkung der Grundrechte...*, *cit.*; **Ludwig Schneider**, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG...*, *cit.*; **Alexy**, *Theorie...*, pp. 267 ss.; **Stelzer**, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, *cit.*; **Borowski**, *La estructura...*, pp. 97 ss.; **Claudia Drews**, *Die Wesensgehaltgarantie...*, *cit.*; **Michael**,

foram absorvidas pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas no debate sobre o sentido e alcance da última parte do artigo 18.º, n.º 3¹⁶⁸¹. Para isso contribui alguma desconsideração das discrepâncias textuais dos dois preceitos: o alemão foca o conteúdo essencial dos *direitos* (sem especificar quais), enquanto o português incide sobre a extensão e alcance do conteúdo essencial dos *preceitos constitucionais*¹⁶⁸². Sintomaticamente, a tendência, também entre nós, é para se falar de *garantia do conteúdo essencial dos direitos*. Pela nossa parte falaremos simplesmente de *garantia do conteúdo essencial* ou, quando se justificar maior precisão, *garantia do conteúdo (ou do núcleo) essencial dos preceitos de direitos*, expressões que se coadunam melhor com o texto constitucional.

1.1. Correntes objetivistas e subjetivistas do conteúdo essencial

Na Alemanha, discute-se se a garantia constitucional da preservação do conteúdo essencial dos direitos tem sentido *objetivo* ou *subjetivo*¹⁶⁸³. As duas posições têm

«El contenido esencial...», *cit.*; **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, pp. 182 ss.; **Novais**, *As restrições...*, pp. 779 ss.; **Queiroz**, *Direitos...*, pp. 269 ss.; **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, pp. 175 ss.; **Störring**, *Das Untermaßverbot in der Diskussion...*, pp. 163 ss.; **Jochen von Bernstorff**, «Kerngehaltsschutz durch den UN- Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen», in *Der Staat*, vol. 50 (2011), pp. 184 ss. Noutras latitudes, **Luciano Parejo Alfonso**, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a proposito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Abril de 1981», in *REDC*, n.º 3, 1981, pp. 169 ss.; **Pardo**, «La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales...», *cit.*; **Gavara de Cara**, *Derechos Fundamentales...*, *cit.*; **Pujalte**, *La garantía del contenido esencial...*, *cit.*; **Rodríguez-Armas**, *Análisis del contenido esencial...*, *cit.*; **Ilenia Massa Pinto**, «La discrezionalità politica...», *cit.*; **Pulido**, *El principio...*, pp. 406 ss.; **Šušnjar**, *Proportionality*, pp. 338 ss.

¹⁶⁸¹ Existem também, indicadores do movimento inverso: **Michael**, «El contenido esencial...», p. 172, admite a possibilidade de as disposições portuguesa, espanhola e europeia e, eventualmente, suíça (na medida em que emprega a expressão, mais "dura", "conteúdo nuclear", *Kerngehalt*, art. 36.4) contribuírem como direito comparado para a interpretação da garantia do conteúdo essencial.

¹⁶⁸² Havendo que ter presente a diferenciação analítica entre preceito, enunciado ou disposição de direito fundamental, norma de direito fundamental e direito fundamental por ela garantido: sobre isso, **Borowski**, *La estructura...*, pp. 26 ss.

¹⁶⁸³ V. inicialmente **Ludwig Schneider**, *Der Schutz des Wesensgehalts...*, pp. 77 ss. Denominações alternativas, teoria individual e teoria social (**Zivier**), teoria da posição jurídica e teoria institucional (**Jäckel**).

representantes ilustres na doutrina¹⁶⁸⁴, mas há também relevantes tentativas de síntese¹⁶⁸⁵.

Arriscando uma generalização do sentido essencial de versões diversificadas, a perspectiva *objetiva* atende ao sentido objetivo-institucional das normas de direitos fundamentais, àquilo que elas representam em termos da configuração e dinâmica da sociedade. A garantia do núcleo essencial procura evitar a postergação total do direito enquanto fator estrutural da vida em comunidade.

De acordo com a perspectiva *subjética*, a garantia do conteúdo essencial visa proteger o núcleo central das posições jurídicas subjetivas ou os bens, interesses ou valores que são seu objeto, impedindo o desvirtuamento do seu significado e do seu exercício tal como valorado e valorizado pelos seus titulares.

No caso português o pendor *objetivista* da disposição é patente¹⁶⁸⁶. Porém, isso não quer dizer que esse pendor não deva ser matizado ou complementado com considerações subjetivas, de modo a evitar que as interferências impliquem a completa neutralização de concretas posições jurídicas subjetivas. A proteção do conteúdo essencial abarca tanto a vertente objetiva como a subjetiva¹⁶⁸⁷.

Uma das consequências precípuas do pendor objetivista é a aplicabilidade da cláusula do conteúdo essencial não apenas à função de defesa mas também à função de proteção dos direitos¹⁶⁸⁸. Nos próximos números concentrar-nos-emos na

¹⁶⁸⁴ Entre outros, percursores das doutrinas objetivas são **Jäckel**, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung...*, cit.; **Hippel**, *Grenzen und Wesensgehalt ...*, cit.; **Roman Herzog**, «Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers», in Walther Fürst / Roman Herzog / Dieter C. Umbach (org.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. II, Berlin, New York, 1987, pp. 1415 ss.; **Lerche**, «Grundrechtsschranken», in Isensee, Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, Heidelberg, 1992. Sustenta-se que esta é a tendência mais pronunciada do *BVerfG*, embora não sem oscilações (assim, **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 57-58). Defensores das subjetivas, maioritárias, podem considerar-se **Herbert Krüger**, «Der Wesensgehalt...», cit.; **Günter Dürig** «Der Grundrechtssatz...», cit.; **Zivier**, *Der Wesensgehalt...* cit.; **Ludwig Schneider**, *Der Schutz des Wesensgehalts...*, cit. Em geral, sobre os argumentos de umas e outras, **Gavara de Cara**, *Derechos...*, cit., pp. 23 ss.; **Martin Hochhuth**, *Relativitätstheorie des Öffentlichen Rechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2000, pp. 150 ss.; **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, p. 176.

¹⁶⁸⁵ V. **Gavara de Cara**, *Derechos...*, cit., pp. 37 ss.; **Borowski**, *La estructura...*, p. 97. Teorias mistas podem ser consideradas, por exemplo, as de **Hesse**, *Grundzüge...*, 15.^a ed., p. 134; **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 62.

¹⁶⁸⁶ Notando o ponto, embora sem lhe atribuir relevância decisiva, **Novais**, *As restrições...*, p. 791; **Andrade**, *Os Direitos...*, p. 285.

¹⁶⁸⁷ Cfr. **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 62; **Borowski**, *La estructura...*, p. 98; **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, p. 185.

¹⁶⁸⁸ Não é assunto resolvido saber se a proteção do conteúdo essencial dos direitos definida na Constituição alemã se cinge à *função de defesa* dos direitos ou também à sua *função de proteção*, bem

questão do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias no que *se refere à vertente de defesa*. Mais tarde tomaremos posição sobre se o conteúdo essencial na vertente de dever de proteção tem um regime jusconstitucional semelhante.

1.2. Correntes absolutas e relativas do conteúdo essencial

Distinção mais relevante do ponto de vista teórico e prático é entre as teorias absolutas e relativas.

A teoria *absoluta* defende que existe um núcleo fixo do preceito constitucional ou do direito fundamental que não depende de ponderação nem é sensível às circunstâncias do caso concreto¹⁶⁸⁹.

Em contrapartida, há uma corrente que *relativiza* o conteúdo essencial, dos preceitos constitucionais ou dos direitos, ligando-o ao caso concreto. Segundo diferentes perspetivas, o conteúdo essencial é apurado através de uma operação de ponderação de bens¹⁶⁹⁰ que permite determinar os limites imanes do direito¹⁶⁹¹ ou é uma mera expressão do princípio da proibição do excesso¹⁶⁹² ou,

como às formas de expressão dos direitos como direitos de organização e procedimento. Todavia, esta orientação é crescentemente admitida à medida que a dogmática da função de proteção dos direitos fundamentais se vai consolidando. V. **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 55-56; **Huber**, comentário ao art.º 19.º, in Mangolt, Klein, Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. I, 5.ª ed., Beck, München, 2005; **Störing**, *Das Untermaßverbot in der Diskussion...*, p. 163; **Horst Dreier**, *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, comentário ao artigo 19.º. No caso português há ainda a questão adicional de saber se aquela proteção pode ser estendida aos preceitos que consagram direitos sociais: sobre o tema, por todos, **Häberle**, *Die Wesensgehaltsgarantie...*, p. 370.

¹⁶⁸⁹ **Theodor Maunz**, «Art. 19 Abs 2.», in Maunz/Dürig e outros, *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, München, 1993, número de margem 3; **Gavara de Cara**, *Derechos Fundamentales...*, p. 328, *passim*; **Borowski**, *La estructura...*, p. 99; **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 57; **Miranda/Silva**, «Anotação ao artigo 18.º», in Miranda/Medeiros, *Constituição...*, pp. 396-397. Percursos das teorias absolutas (em diferentes versões) são **Dürig**, «Der Grundsatz...», *cit.*; **Friedrich Klein** in Hermann Mangoldt, Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Verlag Franz Vahlen, Berlin, 2.ª ed., 1966.

¹⁶⁹⁰ **Pino**, *Derechos...*, p. 170.

¹⁶⁹¹ **Häberle**, *Die Wesensgehaltsgarantie...*, pp. 58 ss. Tenha-se presente, porém, que o autor considera que os contributos de ambas as teorias são aproveitáveis (*ob. cit.*, p. 64) e que a sua própria doutrina não renuncia a noções importantes das teorias absolutas. A ponderação de bens permite proteger "de um modo absoluto" o conteúdo essencial (*ob. cit.*, p. 65). A tese defendida seria, portanto, uma simbiose das teorias absolutas e das teorias relativas (*ob. cit.*, pp. 66-67).

¹⁶⁹² V. essa tese, numa versão que se pode considerar extrema, em **Pulido**, *El principio...*, pp. 406 ss.; **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, especialmente p. 201. Também, **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 58; **Pirker**, *Proportionality...*, p. 18; **Matthias Mayer**, *Untermaß*,

noutras versões, da ideia da concordância prática¹⁶⁹³ (que para alguns é praticamente a mesma coisa¹⁶⁹⁴).

Em termos simplificadores, o conteúdo essencial seria definido através de uma operação de ponderação bilateral dos bens, interesses ou valores em presença, podendo variar - não sendo, conseqüentemente, um núcleo *absoluto* - consoante o peso a atribuir a cada um dos atributos em colisão. O conteúdo essencial considera-se violado quando o direito é sacrificado em grau que não é justificado pelos fins a que a medida restritiva se propõe. Em certas circunstâncias o direito pode ser restringido completamente¹⁶⁹⁵.

1.3. A desvalorização da garantia do conteúdo essencial

As dificuldades das teorias absolutas e das teorias relativas levam alguns autores a duvidar da utilidade ou viabilidade dogmática da figura da proteção do conteúdo essencial¹⁶⁹⁶. Este limite aos limites teria apenas uma "função discursiva" ou declarativa, funcionando como um "instrumento argumentativo em branco", insuscetível de desempenhar qualquer papel decisivo em decisões jurisprudenciais¹⁶⁹⁷. Adotando-se uma conceção relativa, indutora da identificação da proteção do conteúdo essencial com a proibição do excesso (ou com a proibição do defeito¹⁶⁹⁸), aquela seria supérflua. Adotando-se uma conceção absoluta, a proteção do conteúdo essencial seria insustentável ou impraticável ou

Übermaß..., p. 177 (optando pela fórmula ambivalente de que a garantia do conteúdo essencial se assemelha ao princípio da proporcionalidade); **Muzny, La Technique de Proportionnalité**..., p. 287. Sobre o tema, na doutrina nacional, **Novais, As restrições**..., pp. 781 ss.; **Andrade, Os Direitos**..., p. 283.

¹⁶⁹³ V. uma manifestação concreta no acórdão n.º 254/99 do Tribunal Constitucional, relatado por Sousa Brito (n.º 11).

¹⁶⁹⁴ **Pulido, El principio**..., p. 450, nota.

¹⁶⁹⁵ **Borowski, La estructura**..., p. 99.

¹⁶⁹⁶ V. a conclusão do trabalho de **Gavara de Cara, Derechos**..., p. 335.

¹⁶⁹⁷ Assim, **Novais, As restrições**..., pp. 797-798.

¹⁶⁹⁸ A relação entre proteção do conteúdo essencial e proibição do defeito é exaustivamente versada por **Tzemos, Das Untermaßverbot, passim**. O autor não assimila os dois conceitos dogmáticos, embora conclua que a "afetação do conteúdo essencial de um direito fundamental significa sempre uma violação da proibição jusfundamental do defeito" (*ob. cit.*, p. 198).

simplesmente identificável com a violação de outros princípios constitucionais¹⁶⁹⁹.

1.4. Posição adotada

Não parecendo que a disposição constitucional portuguesa possa ser facilmente classificada à luz das teorias absolutas e relativas¹⁷⁰⁰, propõe-se uma posição matizada, balizada pelos seguintes vetores¹⁷⁰¹: (i) face à Constituição, é possível e necessário distinguir entre proibição do excesso e garantia do conteúdo essencial; (ii) a força normativa da Constituição acalenta a ideia de um núcleo absoluto e irreduzível de posições jurídicas subjetivas; (iii) a interpretação é um instrumento suficientemente potente para delimitar coroas ou níveis de proteção no interior do âmbito ideal de proteção do direito; (iv) nada impõe que haja um único critério material delimitador do conteúdo essencial garantido; (v) nada impõe que seja identificado um conteúdo essencial absolutamente garantido em relação a todos os direitos; (vi) o conteúdo essencial pode evoluir historicamente; (vii) a coroa tutelada apenas idealmente ou *prima facie* não está ilimitadamente ao dispor do legislador, sendo protegida pela proibição do excesso; (viii) não existe nenhum impedimento, teórico ou de outra ordem, a que a aplicação de uma mesma norma se processe parcialmente através de subsunção, parcialmente através de ponderação; (ix) a eventualidade de colisões entre posições jurídicas subjetivas ou entre bens, interesses ou valores cobertos pelas garantias do conteúdo essencial de

¹⁶⁹⁹ Novais, *As restrições...*, p. 794.

¹⁷⁰⁰ Não se pode acompanhar Michael, «El contenido esencial...», p. 175, quando, com base numa análise exclusivamente semântica (a mera proibição da "diminuição" ou "redução" da extensão e do alcance do conteúdo essencial), se pronuncia perentoriamente pela consagração pela Constituição portuguesa de uma conceção relativa. V. a síntese oferecida por Novais, *As restrições...*, pp. 788 ss.

¹⁷⁰¹ Atendendo aos traços essenciais que lhes imputa - (i) rejeição do caráter absoluto dos direitos, (ii) aceitação de um conteúdo essencial do direito protegido por uma garantia absoluta, irreduzível e final, isto é, resistente a qualquer operação de restrição ou ponderação, (iii) sujeição das restrições da chamada coroa periférica do direito ao princípio da proporcionalidade, (iv) inconstitucionalidade de restrições que, embora respeitem o princípio da proporcionalidade, não respeitam o conteúdo essencial -, Pulido, *El principio...*, pp. 426 ss., incluiria a orientação do texto nas teorias mistas, na linha da classificação que faz das posições de vários autores espanhóis, como Parejo Alfonso («El contenido esencial...», *cit.*), Prieto Sanchís (*Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990), Medina Guerrero (*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *cit.*).

vários preceitos de direitos pode ser prevenida através dos utensílios doutrinários, dogmáticos e metódicos adequados.

Trataremos de seguida estes pontos, conferindo ao último um tratamento em número autónomo devido à sua complexidade e centralidade.

1.4.1. Face à Constituição é possível e necessário distinguir entre proibição do excesso e garantia do conteúdo essencial

A circunstância de o artigo 18.º, n.º 3, proibir expressamente a diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias não pode deixar de ter um sentido normativo (ainda que mínimo e pragmaticamente pouco relevante). As teses que defendem o niilismo normativo não podem ser aceites.

Esse sentido é autónomo em relação a outras figuras. Não é lícito pensar que o legislador constituinte ignorou a diferença entre garantia do conteúdo essencial e proibição do excesso, insofismavelmente dada como assente pela doutrina e pela jurisprudência. Aliás, embora o princípio da proibição do excesso não conste expressamente do artigo 18.º¹⁷⁰² (nem do artigo 2.º), ele está consagrado noutros preceitos constitucionais, pelo que é manifesto que o legislador constituinte não o ignora e conhece o conteúdo que a doutrina e a jurisprudência lhe imputam.

Não têm, portanto, fundamento as orientações que veem na proteção do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais de direitos, liberdades e garantias simplesmente um invólucro diferente de outro princípio ou vertente normativa¹⁷⁰³. A proteção do conteúdo essencial tem autonomia conceptual e normativa enquanto limite das restrições de (ou, mais genericamente, das interferências em) direitos.

¹⁷⁰² V. o que expusemos no capítulo 6.

¹⁷⁰³ Não sendo também dogmaticamente profícuo reconvertê-lo a figuras ou instâncias menos consolidadas, como a do primeiro passo da "proibição do defeito em sentido estrito" (*Untermaßverbot in engeren sinne*), contraposta a proibição do defeito em sentido amplo, de **Tzemos, Das Untermaßverbot, passim**, especialmente p. 173. A inobservância do conteúdo essencial de um direito - nomeadamente, do conteúdo essencial do dever de proteção que recaia sobre o legislador - é, por si, uma violação desse direito, não tendo de se recorrer ao conceito da *Untermaßverbot in engeren sinne*.

É possível falar de um conteúdo essencial do preceito constitucional, com fronteiras mais ou menos delimitadas que resultam simplesmente da interpretação do sentido da proteção do direito em causa, sem recorrer a qualquer operação de ponderação com bens, interesses ou valores protegidos por outros preceitos constitucionais.

Assim, é evidente que uma norma legislativa que obrigasse os cidadãos, ou alguns cidadãos, a professarem uma determinada religião violaria o conteúdo essencial da norma que estabelece a liberdade de religião (artigo 41.º)¹⁷⁰⁴. Essa conclusão não resulta do entendimento de que esta norma é insuscetível de qualquer restrição ou interferência (por falta de permissão constitucional de restrições), nem da realização de uma operação de ponderação ou da aplicação do princípio da proibição do excesso. Há simplesmente violação do conteúdo essencial da norma do direito fundamental.

Do mesmo modo, a previsão da possibilidade de penas privativas da liberdade - ainda que curtas - que tenham de ser cumpridas pelos condenados em total isolamento, circunscritos a uma cela de onde nunca são autorizados a sair, amarrados e vendados de modo a impedir qualquer movimento, sem possibilidade de contacto com o exterior, viola o mais elementar sentido da dignidade da pessoa humana e, por essa via, o conteúdo essencial do preceito que consagra o direito à liberdade (artigo 27.º, n.º 1). Pode muito bem suceder que, ponderados todos os bens, interesses ou valores eventualmente colidentes, essa pena privativa da liberdade, com esses contornos abstratos, seja desproporcionada. Mas independentemente de ela ser desproporcionada ou antes mesmo de ela ser desproporcionada, ou de se escrutinar a sua adequação, necessidade ou proporcionalidade e.s.e., tal pena, com o seu sentido aviltante da dignidade humana, viola ostensivamente o conteúdo essencial do preceito constitucional que garante aquele direito. Não é necessário realizar qualquer ponderação do peso de bens, interesses ou valores em confronto para se concluir que norma que a previsse seria inconstitucional por violação do conteúdo essencial do preceito constitucional, *em si mesmo*, autonomamente considerado e interpretado.

Do mesmo modo, uma norma que previsse a realização de experiências em seres humanos, com ameaça da sua integridade física, independentemente do seu

¹⁷⁰⁴ V. este exemplo, em **Gavara de Cara, *Derechos...***, p. 255. Outro exemplo, apontado pelo autor: a obrigação de os artistas realizarem uma determinada obra.

conhecimento e autorização, com vista a potenciar progressos científicos e técnicos de importância vital para a comunidade em geral, violaria o conteúdo essencial da norma que garante a integridade pessoal, na dimensão de integridade física e moral (artigo 25.º, n.º 1).

Este último exemplo permite até marcar mais enfaticamente a autonomia entre garantia do conteúdo essencial e proibição do excesso. Teoricamente, é possível conceber situações em que um puro exame de proibição do excesso pode desembocar em conclusões ambíguas: se as experiências envolvem um número reduzido de indivíduos, o risco de lesão é relativamente reduzido, o desconhecimento dos próprios envolvidos é essencial para assegurar o sucesso e o fim é testar um processo terapêutico que pode evitar ou suprimir um risco de uma pandemia mundial, a aplicação da proibição do excesso (ou de outros instrumentos de mediação de operações de ponderação, como a igualdade na sua versão forte) pode não ser conclusiva, particularmente se aplicada com um sentido exclusivamente consequencialista. Ao invés, se considerarmos que a utilização de "cobaias humanas" é uma manifestação da *coisificação* ou *instrumentalização* do ser humano, implicando o seu tratamento como um *objeto*, um instrumento ao serviço de uma experiência científica, ou um *meio* para atingir um resultado, por mais digno que este seja, estaremos no próprio âmago do conteúdo essencial do preceito constitucional e das normas sobre direitos que ele exterioriza. Mesmo que se admita a possibilidade de não violação do princípio da proibição do excesso, há seguramente violação do conteúdo essencial do preceito constitucional e, concomitantemente, da norma que dele resulta e dos direitos que esta protege.

Elucidativo da aplicabilidade autónoma da proibição de diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial é o que se passa em matéria de impostos. A proibição do excesso não tem aplicabilidade em matéria de impostos, designadamente em matéria de fixação de taxas e incidência, a não ser na parte em que estes prossigam fins extra fiscais. Quando muito, pode ser aplicável uma ideia de proporcionalidade quantitativa (sendo de excluir a aplicabilidade da proibição do defeito, uma vez que não existe um *dever* de tributar, existe apenas um *dever* de pagar). Todavia, já constitui limite aos impostos a proibição de diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial de alguns direitos, como o de propriedade ou da livre iniciativa económica ou do mínimo de subsistência.

1.4.2. A força normativa da Constituição acalenta a ideia de um conteúdo essencial absoluto e irreduzível

Uma das principais objeções levantadas em relação às teses relativistas decorre de verdadeiramente não garantirem nenhum conteúdo essencial, na medida em que qualquer conteúdo do direito pode ser sempre superado por considerações com maior peso ou importância¹⁷⁰⁵. Ora, a verdade é que o asseguramento de uma energia normativa satisfatória da Constituição, particularmente do seu núcleo jusfundamental, passa por garantir que dimensões relevantes dos bens, interesses ou valores por ela tutelados estejam a coberto de operações de ponderação. Do ponto de vista de uma teoria democrática da constituição, a garantia do conteúdo essencial é um pilar não desprezível, nem que seja pela função de "aviso" que representa (aviso de que os direitos não estão *totalmente* à mercê do legislador e do juiz constitucional).

1.4.3. A interpretação é um instrumento suficientemente potente para delimitar coroas ou níveis de proteção no interior do âmbito ideal de proteção do direito

Alguns contributos críticos das teses absolutas e das teses mistas não só defendem que não é possível desvendar o conteúdo essencial do preceito constitucional, como sustentam que não é possível extrair o próprio conteúdo da norma sem recurso ao princípio da proibição do excesso. O conteúdo do direito não pré-existe à interpretação do preceito constitucional. A própria interpretação é realizada com auxílio do princípio da proibição do excesso que, em última análise, determina o que em concreto constitui o âmbito de proteção do direito, *todo* o âmbito de proteção do

¹⁷⁰⁵ V. **Huber**, comentário ao artigo 19.º, in Mangolt / Klein / Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., § 147; Šušnjar, *Proportionality*, p. 338.

direito, desde o núcleo mais central até ao mais periférico. Não há interpretação fora do confronto entre os vários direitos¹⁷⁰⁶.

Desconsiderando, por agora, a assunção básica, subjacente a esta posição, de que o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica é aplicável na resolução de colisões entre *normas de direitos fundamentais*, posição que não se subscreve, consideremos apenas a questão teórica subjacente. O que é que ocorre primeiro: a determinação do conteúdo do preceito constitucional e do direito, ou a aplicação do princípio da proibição do excesso (ou de qualquer outro instrumento mediador de harmonização)?

Esta problemática reedita a velha história do ovo e da galinha: primeiro determina-se o conteúdo, através da interpretação, e a aplicação da proibição do excesso virá, eventualmente, depois? Ou a proibição do excesso desempenha um papel logo na interpretação do preceito constitucional e na fixação do conteúdo, incluindo o conteúdo essencial?

Não excluindo que a ponderação (de argumentos, de elementos de interpretação) seja circunstancialmente uma das técnicas usadas na interpretação constitucional¹⁷⁰⁷, a resposta é no sentido de que a interpretação e a extração de conteúdo normativo do preceito constitucional sempre serão logicamente anteriores à eventual aplicação de qualquer instrumento de mediação de operações legislativas de harmonização. Para que se coloque a questão da aplicação deste, é necessário que tenha de se produzir (ou controlar) uma norma legislativa que resolva uma colisão entre bens, interesses ou valores, alguns ou todos com cobertura em normas constitucionais. Mas para se conhecer a existência dessa colisão, alguma coisa tem de se fazer antes de qualquer ensejo de aplicação daquele instrumento de mediação: a interpretação das normas que tutelam os referidos bens, interesses ou valores. Tem de haver sempre algo *predeterminado e identificável*.

¹⁷⁰⁶ Cfr. **Pulido, *El principio...***, p. 434. Esta orientação entronca no conceito lato de âmbito de proteção do direito, de autores como **Alexy, Borowski, Virgílio Afonso da Silva ou Möller**, estudadas e criticadas sob outra rúbrica.

¹⁷⁰⁷ Pode mesmo acompanhar-se **Borowski, *La estructura...***, p. 106, quando assinala que muitas vezes as disposições jusfundamentais são avaras na sua literalidade e no fornecimento de pontos de vista, diminuindo a viabilidade de uma interpretação conclusiva e auto-suficiente e suscitando a necessidade de ponderação.

Não são apenas os adeptos das teorias absolutas ou mistas do conteúdo essencial que o sustentam¹⁷⁰⁸. Quem advogue teorias relativas, mesmo em modelos extremados, terá de o admitir: não é possível aplicar qualquer instrumento de mediação de harmonização do tipo da proibição do excesso antes da conclusão de várias operações metódicas: (i) a interpretação dos preceitos constitucionais que tutelam certos bens, interesses ou valores; (ii) a constatação de que as normas que deles se extraem colidem parcialmente ao nível da respetiva estatuição; (iii) a verificação de que é necessário produzir uma norma legislativa que os harmonize; (iv) a definição do instrumento de mediação da harmonização aplicável. Sem predeterminar ou predefinir a colisão normativa existente, não é aplicável qualquer instrumento de mediação de harmonização (excluindo, claro está, dessa noção a própria interpretação, que, dirigida por uma ideia de concordância prática, sempre gerará, logo a esse nível, alguma harmonização). A configuração desse conflito requer uma pré-compreensão mínima do âmbito de proteção das normas-colidentes, que só é possível se houver uma pré-compreensão do seu conteúdo, a qual não pode ser formada à luz do próprio conflito e em confronto com os bens, interesses ou valores conflituantes.

Ora, se é necessário e possível delimitar o âmbito de proteção do preceito¹⁷⁰⁹, é também possível determinar com nitidez suficiente um conteúdo essencial do preceito constitucional, discernível em termos *categóricos* ou *absolutos* - isto é, sem ponderação - através da interpretação¹⁷¹⁰. Este conteúdo essencial funciona como *última* (talvez se deva dizer primeira) *barreira de proteção* em situações em que as

¹⁷⁰⁸ Diferentemente do que inculca **Pulido, *El principio...***, p. 434. Como **Borowski, *La estructura...***, p. 106, reconhece, quando se empregam os cânones hermenêuticos clássicos com vista à descoberta da vontade do legislador constituinte, esta tem precedência sobre a ponderação

¹⁷⁰⁹ Apesar do seu ceticismo em relação à viabilidade e utilidade da delimitação de um conteúdo essencial, **Novais, *As restrições...***, não contesta (antes tem como essencial) a delimitação do âmbito de proteção da norma, rejeitando, aliás, as teorias ampliativas desse âmbito de proteção e adotando uma conceção *restritiva mitigada* (*ob. cit.*, p. 427)

¹⁷¹⁰ No mesmo sentido **Andrade, *Os Direitos...***, p. 283; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 535. A uma conclusão com resultados práticos semelhantes chegarão aqueles adeptos da teoria dos princípios que procurando manter a "pureza" teórica sustentam que não há direitos absolutos nem conteúdo essencial absoluto insuscetíveis de serem moldados através de ponderação, mas admitem que haja direitos (ou segmentos do seu conteúdo) que têm um peso abstrato de tal modo elevado que não haverá virtualmente nenhum princípio conflituante capaz de conseguir prevalência sobre eles: v. **Klatt/Meister, *The Constitutional Structure...***, p. 68 (invocando a lei da utilidade marginal decrescente e a função da escolha social de Nash); **Pirker, *Proportionality* ...**, p. 18. A construção soa, todavia, algo artificial.

demais barreiras de proteção, designadamente a proibição do excesso, não impeçam a interferência¹⁷¹¹.

1.4.4. Nada impõe que haja um único critério material delimitador do conteúdo essencial garantido

Um dos primeiros precursores das teorias absolutas do conteúdo essencial, GÜNTER DÜRIG, via a proteção do conteúdo essencial como um veículo para salvaguardar a dignidade humana¹⁷¹² e para impedir a degradação das pessoas a meio ou objeto ao serviço de interesses alheios, designadamente os da comunidade. O conteúdo essencial seria o reduto dos direitos e dos preceitos constitucionais que tem de ser derradeiramente preservado, sob pena de essa dimensão da dignidade humana ficar comprometida¹⁷¹³.

Mas a visão de DÜRIG, na sua unilateralidade, claudica logo que se observa que há direitos fundamentais que não têm essa ligação direta ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷¹⁴. Por isso, o conteúdo essencial do direito pode ou não articular-se com esse princípio.

Tal como a proposta de DÜRIG, outras que visem encontrar um critério *material* de delimitação do conteúdo essencial estão possivelmente votadas ao fracasso¹⁷¹⁵. A pluralidade de direitos que o movimento constitucional gerou torna virtualmente impossível encontrar um critério aplicável a todos.

¹⁷¹¹ Assim, **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 535.

¹⁷¹² A relação entre a proteção do conteúdo essencial e a dignidade humana é um dos temas mais tratados pela literatura, variando em torno de relações de identidade, complementaridade ou paralelismo: v. **Geddert-Steinacher**, *Menschenwürde...*, pp. 179 ss.; **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 59.

¹⁷¹³ **Günter Dürig**, «Der Grundsatz von der Menschenwürde...», p. 133; v., também, **Andrade**, *Os Direitos...*, 5.^a ed., p. 284.

¹⁷¹⁴ **Dreier**, «Art. 1 GG», in Horst Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, vol. I, Tübingen, 1996, n.º marg. 97. A maioria da doutrina afasta a identidade entre conteúdo essencial e dignidade humana. Por exemplo, **Jäckel**, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung...*, p. 55; **Grabitz**, *Freiheit...*, pp. 110 ss.; **Ludwig Schneider**, *Der Schutz...*, pp. 192 ss.; **Gavara de Cara**, *Derechos...*, p. 225; **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 59-60; **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, pp. 192-193.

¹⁷¹⁵ V. a exposição das várias tentativas em **Gavara de Cara**, *Derechos...*, pp. 232 ss.

Esta impossibilidade logo suscitou a acusação de inexistência de "um critério racional, intersubjetivamente controlável, que não consista numa mera intuição, para dividir com nitidez o conteúdo de cada direito fundamental num conteúdo essencial e num conteúdo periférico"¹⁷¹⁶. As teorias que sustentam a existência de um conteúdo essencial com caráter intangível, absoluto e categoricamente aplicável, estariam "mais afetadas que o princípio da proporcionalidade pelas objeções de subjetividade e irracionalidade e pelo risco de encorajar uma discricionariedade interpretativa incontrolável por parte do Tribunal Constitucional"¹⁷¹⁷.

Certamente que a proibição do excesso e outros instrumentos de harmonização oferecem um patamar de racionalidade e objetividade superiores a uma aplicação do direito livre de qualquer *standard* de disciplina da deliberação prática. No entanto, quando nos referimos à determinação do conteúdo essencial estamos a falar da determinação por via interpretativa de *conteúdos e níveis mínimos de proteção* dos direitos, a propósito dos quais será relativamente fácil chegar a posições intersubjetiváveis: alguém tem dúvida que se uma lei permitir ao Estado políticas de proselitismo e doutrinação religiosa isso viola o conteúdo essencial da separação entre Estado e denominações religiosas e da liberdade religiosa? Se uma lei proibir que os *media* utilizem expressões noutra língua que não o português, alguém colocará em questão que isso viola o conteúdo essencial do direito à informação? É apenas a propósito destes conteúdos irrefutáveis do ponto de vista mundivisional, interpretativo e doutrinário, que se propugna um manto cristalizador (mas não imutável) que os imunize de qualquer tentação ponderativa e relativizadora.

A ausência de um critério delimitador *uniformemente* aplicável a todos os preceitos de direitos não quer dizer que não seja possível proceder à delimitação caso a caso. Nessa delimitação pode atender-se a argumentos ou critérios gerais, alguns eventualmente de ordem consequencialista ou teleológica e até sensíveis ao caso concreto¹⁷¹⁸. SARTOR sustenta que uma situação jurídica está coberta pelo véu

¹⁷¹⁶ Pulido, *El principio...*, p. 431.

¹⁷¹⁷ *Idem*, p. 424.

¹⁷¹⁸ V., por exemplo, Huber, comentário ao art.º 19.º, in Mangolt, Klein, Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., § 15 ss.; Šušnjar, *Proportionality*, pp. 339 ss., são sensíveis ao caso concreto as orientações *não relacionais* (não colocam em relação bens, interesses ou valores), mas *relativizantes*, na medida em que admitem alguma *relativização* perante as circunstâncias concretas de um caso.

protetor do conteúdo essencial, entendido como regra não derrotável por considerações de peso, quando estejam preenchidas duas condições: (i) é possível afirmar que qualquer afetação dessa situação jurídica tem consequências de tal forma graves que é altamente improvável que possam ser compensadas pela realização de outros valores; (ii) os custos da sua incolumidade, mesmo nos casos onde a sua cedência pode ter benefícios, são presumivelmente menores do que os custos que podem resultar da sua não aplicação em situações onde se julgue erroneamente que essa cedência é benéfica¹⁷¹⁹. Mesmo alguns relativistas, como PULIDO, depois de todo um discurso relativizador do âmbito de proteção do direito, acabam por concluir que "há posições que são mais fundamentais do que outras, dentro do próprio conteúdo do direito", havendo algumas com "um grau mínimo de fundamentalidade"¹⁷²⁰.

Admite-se que o conteúdo essencial não seja determinável em alguns casos ou que não seja objetivamente e seguramente determinável. Admite-se que, embora prevaleçam as zonas iluminadas, estas convivam com zonas de penumbra ou opacidade que suscitem algumas oscilações nas margens e coloquem em jogo a pretensão de estabilidade e intemporalidade do conteúdo essencial própria de teorias absolutas mais irredutíveis¹⁷²¹. Admite-se que o conteúdo essencial possa variar consoante o âmbito subjetivo de proteção¹⁷²². Finalmente, admite-se que muitas vezes a proteção do conteúdo essencial apenas cobre - ou evita - abusos e soluções praticamente académicas ou extremas, revestindo-se de uma importância prática residual. O que não se pode admitir é que seja irrelevante e que a última parte do artigo 18.º, n.º 3, seja uma disposição constitucional despida de qualquer sentido normativo, condenada à caducidade ou à irrelevância.

¹⁷¹⁹ **Sartor**, «A Sufficientist Approach...», p. 45; «The Logic of Proportionality...», p. 1453: "em tais circunstâncias devemos aceitar que a regra é não derrotável e devemos estar prontos para pagar o preço da desutilidade da sua aplicação contraproducente em casos extremos, a benefício da prevenção da desutilidade da sua desaplicação contraproducente num número maior e mais importante de casos" (na tradução recorremos deliberadamente à palavra desutilidade em vez de inutilidade).

¹⁷²⁰ **Pulido**, *El principio...*, p. 425.

¹⁷²¹ Estas oscilações da margem são, aliás, uma característica de direitos "abertos" à tutela de novos bens, como o direito geral de personalidade decorrente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade: cfr. **Paulo Mota Pinto**, «O Direito...», p. 173.

¹⁷²² **V. Andrade**, *Os Direitos...*, p. 121, defendendo que o conteúdo essencial dos direitos encabeçados por pessoas coletivas é "naturalmente mais restrito, tornando admissíveis restrições legislativas mais profundas".

1.4.5. Nada impõe que em relação a todos os direitos seja identificado um conteúdo essencial absolutamente garantido

Como já se frisou, a Constituição portuguesa preocupa-se em proteger, textualmente e em primeira linha, o conteúdo essencial dos *preceitos* constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias e não o conteúdo essencial de *cada um* dos direitos, liberdades e garantias.

Embora daqueles preceitos constitucionais se extraiam os enunciados normativos consagradores das posições jurídicas subjetivas ativas que genericamente designamos de direitos, liberdades e garantias (e as correlativas posições jurídicas passivas), deles resultam também outros efeitos jurídicos de natureza objetiva.

Isto tem consequências não meramente concetuais: um direito ou uma posição jurídica *subjetiva* pode ser restringido por uma norma jurídica ou por um ato individual e concreto, como uma sentença judicial ou um ato administrativo. Diversamente, um preceito constitucional, com estrutura normativa, só pode ser restringido por um ato com estrutura *igualmente normativa*. Um ato individual e concreto pode violar ou cumprir a norma que se extrai do preceito constitucional, mas não a pode restringir. Um ato individual e concreto pode concretizar a restrição de um direito ou, mais rigorosamente, realizar a aplicação de uma norma no momento lógico da sua materialização *concreta* como direito numa esfera jurídica individual (podendo até implicar a supressão do direito nessa esfera jurídica individual¹⁷²³), mas não pode, por inviabilidade lógico-formal, diminuir ou restringir a extensão e o alcance do conteúdo essencial de um preceito constitucional. A disposição constitucional portuguesa tem, assim, um sentido mais restritivo do que a alemã: preocupa-se apenas com as restrições normativas, perpetradas através de lei.

Por outro lado, o conceito dogmático da proteção da extensão e alcance do conteúdo essencial deve ser construído *preceito a preceito* e, concomitantemente, *direito a*

¹⁷²³ Cfr. a tentativa de alguns exemplos em Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...*, p. 199.; Andrade, *Os Direitos...*, p. 285, admite, porém, a possibilidade de a projeção da ideia de dignidade da pessoa humana ser de tal forma intensa que não pode admitir-se a violação em nenhum caso individual sem que o conteúdo essencial do preceito seja também atingido (*ob. cit.*, p. 286).

direito e não com um sentido uniformemente aplicável a todos¹⁷²⁴. Nem a última parte do artigo 18.º, n.º 3, nem qualquer outro preceito constitucional, dizem ou pressupõem que os preceitos constitucionais relativos a direitos, particularmente direitos, liberdades e garantias, *têm sempre* um conteúdo essencial constitucionalmente delimitado ou delimitável. A disposição constitucional limita-se a proibir a diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, mas apenas quando e na *estrita medida* em que estes sejam delimitáveis através de interpretação. Se a interpretação dos preceitos não permitir distinguir, dentro do âmbito de proteção do preceito constitucional, entre o conteúdo essencial, insuscetível de restrição e uma coroa que o rodeia, suscetível de restrição nos termos constitucionais, esse limite aos limites não funciona em concreto, aplicando-se apenas os demais limites. Não cabe ao intérprete *forçar* a interpretação constitucional de modo a extrair sempre e em qualquer situação um conteúdo essencial do preceito constitucional.

1.4.6. O conteúdo essencial pode evoluir historicamente

Não há nenhuma contradição entre a admissão de um conteúdo essencial e a admissão de que o conteúdo essencial possa evoluir historicamente¹⁷²⁵. A rejeição de relativização em cada caso concreto ou circunstância concreta de aplicação não obsta a que a interpretação daquilo em que consiste o conteúdo essencial se adapte à mutação da forma como o direito é "lido" e encarado pelos intérpretes da Constituição.

¹⁷²⁴ Em certa medida, parece ser essa também a tendência maioritária da doutrina e da jurisprudência alemãs: cfr. a resenha de **Tzemos, *Das Untermaßverbot***, pp. 62-63.

¹⁷²⁵ Contra, **Pulido, *El principio...***, p. 423. No entanto, a consideração do fator tempo não é rejeitada por algumas versões das teorias absolutas: v. sobre isso, **Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...***, p. 188.

1.4.7. A coroa tutelada apenas idealmente ou *prima facie* não está ilimitadamente ao dispor do legislador, sendo protegida pela proibição do excesso

Alguns críticos das teses absolutas observam que estas, na verdade, se traduzem na desconstitucionalização da zona ou coroa periférica do direito fundamental, que fica à mercê do legislador, livre para afetar sem qualquer limite¹⁷²⁶. Essas críticas não são, porém, endereçáveis a quem admita que, além do conteúdo essencial, qualquer interferência no âmbito de proteção ideal no direito, situe-se ela numa zona mais ou menos periférica, sempre estará sujeita à proibição do excesso¹⁷²⁷.

1.4.8. Não existe nenhum impedimento, teórico ou de outra ordem, a que a aplicação de uma mesma norma se processe parcialmente através de subsunção, parcialmente através de ponderação

Uma das críticas dirigidas às teses que aceitam a coexistência entre um conteúdo essencial, aplicável categoricamente através de subsunção, e um conteúdo não essencial ou periférico, meramente *prima facie*, suscetível de ponderação com outros bens, interesses ou valores colidentes (ditas teses mistas), é que em tal coexistência há uma incompatibilidade metodológica¹⁷²⁸. Ora, a pretensa impossibilidade de conciliação metodológica poderia valer se as chamadas teorias mistas aplicassem ambas essas aproximações metodológicas sobrepostamente e sobre a mesma magnitude. Mas a verdade é que cada uma delas se aplica a questões dogmaticamente diversas. A assunção de que há uma zona de proteção do direito que não está sujeita a ponderação em nada obsta, do ponto de vista dogmático, metodológico ou lógico, a que se exponham à ponderação posições jurídicas subjetivas que não caibam naquela zona de proteção nuclear.

¹⁷²⁶ Pulido, *El principio...*, p. 420.

¹⁷²⁷ Assim, Pulido, *El principio...*, pp. 426, 431, referindo-se ao que designa de teorias mistas.

¹⁷²⁸ Pulido, *El principio...*, p. 432.

2. As colisões de bens, interesses ou valores garantidos de forma absoluta

2.1. Conteúdo essencial (absoluto) e direitos absolutos

O último pilar mencionado no número anterior (ix) reporta-se a outra crítica dirigida às teorias absolutas e às teorias ditas mistas: elas não podem explicar (nem tão pouco fornecer) a solução dos casos em que o conteúdo essencial de um direito restringido (na vertente de defesa) veda a restrição, ao mesmo tempo que o conteúdo essencial do direito que justifica a intervenção (direito à proteção) a exige¹⁷²⁹.

Enquanto a aplicação do princípio da proibição do excesso permite a resolução do problema da colisão, qualquer que seja a zona do âmbito de proteção do direito envolvida, definindo qual dos direitos deve ceder e em que termos, sem estar limitado pela ideia de um núcleo absoluto e irrestringível, as teorias mistas (como as absolutas) ficariam enredadas num conflito insanável, num bloqueio gerado por comandos normativos contraditórios, irreduzíveis, insuscetíveis de cedência¹⁷³⁰.

Deve começar por se assinalar que a questão só se coloca em situações de eventual colisão entre bens, interesses ou valores tutelados por direitos fundamentais. Essa não é a colisão típica da proibição do excesso. Como veremos nos próximos capítulos, a circunstância de os direitos terem um núcleo essencial irreduzível e categoricamente salvaguardado não perturba a aplicação da proibição do excesso, nem despoleta as questões que debateremos nos próximos parágrafos deste capítulo. Contudo, não se foge ao tema, até porque ele tem implicações para outros instrumentos de mediação de harmonização abrigados sob a proporcionalidade moderna.

¹⁷²⁹ Pulido, *El principio...*, p. 436.

¹⁷³⁰ Um bom exemplo do impasse dogmático-constitucional a que esta hipótese levaria é a tese de **Tzemos, *Das Untermaßverbot***, pp. 179-180. O autor recusa a possibilidade de o conteúdo essencial dos direitos ser sujeito a qualquer operação de ponderação, mesmo em situações de colisão dos conteúdos essenciais de dois direitos fundamentais. Por isso, uma medida (designadamente legislativa) que sacrifique o conteúdo essencial de um direito em benefício do conteúdo essencial de outro *é sempre inconstitucional*, mesmo que o Estado não disponha de outra solução para proteger o conteúdo essencial de, pelo menos, um deles.

Aquela crítica é mais geralmente aplicável às teorias absolutas e, ainda mais geralmente, a todas as concepções que admitam a existência de bens, interesses ou valores tutelados pelo direito de forma absoluta. A expressão máxima desta ideia são os *direitos absolutos*¹⁷³¹.

É certo que os adeptos das teorias absolutas ou das teorias mistas do conteúdo essencial dos direitos não têm necessariamente de aceitar a existência de direitos absolutos. Por exemplo, pode aderir-se a uma teoria mista e ao mesmo tempo entender que *todos* os direitos têm uma coroa periférica necessariamente relativizável, designadamente através de leis harmonizadoras. Todavia, quem aceite aquelas teorias absolutas e mistas terá maior propensão para admitir que a interpretação constitucional indique que o núcleo essencial do direito coincide com boa parte do âmbito de proteção que a norma constitucional lhe confere ou até que a componente absoluta, não relativizável, categoricamente aplicável, recobre *todo* o âmbito de proteção, *todas as posições jurídicas subjetivas* que decorrem do direito. E, vice-versa, parece plausível dizer que quem aceite a existência de direitos absolutos admitirá a possibilidade de os direitos que não forem absolutos terem um conteúdo essencial absoluto.

A existência de direitos fundamentais absolutos - ou de posições jurídicas subjetivas deles decorrentes -, isto é, de direitos que incorporam normas cuja estrutura materializa já todas as ponderações que o legislador constituinte entendeu que eram necessárias, explicitando uma decisão definitiva sobre eles, parece incontornável.

Tomem-se, por exemplo, alguns dos direitos consagrados no artigo 20.º (e no artigo 6.º da CEDH), como o direito à não denegação da justiça por insuficiência de meios económicos ou a um processo equitativo ou justo¹⁷³² ou os direitos a não ser escravizado ou sujeito a trabalhos forçados (artigo 4.º da CEDH)¹⁷³³. Nesta situação as disposições constitucionais e convencionais e as normas jusfundamentais que delas se deduzem não são suscetíveis de interferências da lei,

¹⁷³¹ Reveja-se a clássica definição de **Gewirth**, «Are There any Absolute Rights?», in *The Philosophical Quarterly*, vol. 31 (1981), p. 2: “um direito é absoluto quando não pode ser preterido em quaisquer circunstâncias, de modo que nunca pode ser justificadamente infringido e tem de ser cumprido sem quaisquer exceções” (tradução nossa).

¹⁷³² V., por exemplo, **Allan**, «Democracy...», p. 222, considerando absoluto o direito a um *fair hearing*; no mesmo sentido, **Gardbaum**, «Proportionality...», p. 282.

¹⁷³³ **Gardbaum**, «Proportionality...», p. 282.

mesmo quando eventualmente colidam com outros bens, interesses ou valores¹⁷³⁴. É mesmo duvidoso que o seu alcance normativo pudesse ter sido diminuído através de exceções diretamente previstas na própria fonte, uma vez que isso representaria uma auto rutura constitucional. Por isso, por exemplo, o direito a um processo equitativo ou justo não é suscetível de restrições que permitam em alguns casos um processo injusto ou não equitativo. Nestes casos, o recurso ao conceito de proteção do conteúdo essencial é supérfluo uma vez que este é consumido pela própria índole estrutural da norma jusfundamental.

Como começou por se assinalar, a aceitação de posições absolutas ou categoricamente tuteladas suscita casos difíceis de colisão, designadamente aqueles em que um direito *absoluto* proíbe a interferência do legislador enquanto outro direito absoluto (ou até o mesmo, mas titulado por outro universo subjetivo) exige a interferência. Cumpre agora verificar se se confirma que há utensílios doutrinários, dogmáticos e metódicos adequados a superar essa situação de colisão *sem recurso à ponderação* e à aplicação de qualquer dos instrumentos de harmonização que integram a proporcionalidade em sentido moderno.

A resposta pode ser ensaiada de duas formas: (i) só é reconhecida a existência de um único bem, interesse ou valor absoluto; (ii) só são admitidos como absolutos os direitos na sua função de defesa.

2.1.1. Um único bem, interesse ou valor absoluto

Embora a questão não seja usualmente apresentada sob semelhante prisma, parece ser esta a orientação que flui da jurisprudência do *BVerfG*.

Para ilustrar este argumento, recorreremos ao caso, muito debatido na doutrina internacional, da lei alemã da segurança aérea (*Luftsicherheitsgesetz*) de 2005¹⁷³⁵.

¹⁷³⁴ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...*, p. 202, que professa uma teoria relativa extrema, chega ao mesmo resultado, por outra via. Embora não haja nenhuma contradição fundamental entre as duas posições, registre-se a admissão da *proteção absoluta de um direito* entendido como um todo (no caso, o direito a não ser torturado), ao mesmo tempo que não se admite a *proteção absoluta do núcleo essencial de um direito* (ou da norma que o garante).

¹⁷³⁵ Lei Federal da RFA de 11 de Janeiro de 2005.

Desta lei resultavam normas que permitiam às forças armadas o abate de aviões de passageiros – pondo em causa a respetiva vida, mesmo daqueles que fossem inocentes e tivessem sido involuntariamente colocados na situação – sobre o espaço aéreo alemão, quando se suspeitasse que esses aviões iriam ser usados por terroristas como instrumentos de crimes contra outras vidas humanas.

O Tribunal Constitucional alemão, a propósito dessa situação, entendeu, por um lado, que a medida tinha problemas de adequação para atingir o fim, devido à impossibilidade de obter informação fidedigna e em tempo útil sobre todos os contornos de uma situação concreta que permitisse uma decisão de abate do avião suficientemente informada¹⁷³⁶.

Mas, por outro lado e mais relevantemente para o que ora importa, atendeu sobretudo à lesão do princípio da dignidade humana que decorreria de o sacrifício dos passageiros e tripulantes inocentes ser usado como meio de atingir um certo fim, a proteção da vida de outras pessoas. Considerando aquele Tribunal o princípio da dignidade humana um princípio *absoluto*^{1737/1738}, insuscetível de ponderação inclusive com o direito à vida dos inocentes em terra, declarou inconstitucional a norma em causa, por violação daquele princípio¹⁷³⁹. Não houve ponderação

¹⁷³⁶ Šušnjar, *Proportionality*, pp. 332 ss., atribui significativo relevo a este aspeto.

¹⁷³⁷ O tema geral da dignidade da pessoa humana como conceito constitucional suscitou volumosa literatura na Alemanha, de que se seleciona: **Starck**, «Menschenwürde als Verfassungsgarantie ...», *cit.*; **Vitzthum**, «Menschenwürde als Verfassungsbegriff», *cit.*; **Bleckmann**, *Staatsrecht II...*, pp. 445 ss.; **Geddert-Steinacher**, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff...*, *cit.*; **Hofmann**, «Die versprochene Menschenwürde», *cit.*; **Bayertz**, «"Die Idee der Menschenwürde" ...», *cit.*; **P. Häberle**, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», in J. Isensee/P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. I, 2ª ed. 1995, pp. 815 ss.; **Enders**, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, *cit.*; **Neumann**, «Die Tyrannei der Würde...», *cit.*; **Eckart Klein**, «Human Dignity in German Law», in Eckart Klein / David Kretzmer (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, Brill, 2002; **Böckenförde**, «Bleibt die Menschenwürde unantastbar?», *cit.*; **Isensee**, *Die bedrohte Menschenwürde...*, *cit.*; **Nettesheim**, «Die Garantie der Menschenwürde...», *cit.*; **Hain**, «Konkretisierung der Menschenwürde...», *cit.*; **Kurt Seelmann**, «Menschenwürde: ein Begriff im Grenzgebiet von Recht und Ethik», in M. Fischer/M. Strasser (eds.), *Rechtsethik*, Frankfurt a. M., 2007, pp. 29 ss.; **Hans Dieter Jarass**, «Kommentar zu Art. 1 GG», in Jarass /Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, Beck, München, 10ª ed., 2009; **Quante**, *Menschenwürde und personale Autonomie...*, *cit.*; **Teifke**, *Das Prinzip Menschenwürde...*, *cit.* Para um enfoque menos localizado, **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 81 ss. (com mais indicações da literatura francesa).

¹⁷³⁸ Essa premissa tem sido crescentemente colocada em causa. V. a resenha de **Maribel Pascual**, *El Tribunal...*, pp. 164 ss., com numerosas referências.

¹⁷³⁹ Norma do § 14(3). V. decisão do *BVerfG* de 15.2. 2006, § 123 ss.; **Möller**, «On Treating Persons as Ends: The German Aviation Security Act, Human Dignity, and the Federal Constitutional Court», in *Public Law*, vol. 51 (2006), pp. 457; *idem*, «Balancing...», *cit.*, p. 466; *idem*, «The Right to Life ...»; **Klatt / Meister**, *The Constitutional...*, pp. 41 ss.; **Šušnjar**, *Proportionality*, pp. 331 ss.; **Maribel Pascual**, *El Tribunal...*, pp. 170 ss.

bilateral (isto é, de bens, interesses ou valores face a outros bens, interesses ou valores inconciliáveis) nem aplicação da proibição do excesso¹⁷⁴⁰

Já se fosse possível saber com grau apreciável de segurança que no avião viajavam apenas terroristas¹⁷⁴¹, o curso teria de ser diferente. Para o Tribunal alemão, estando em causa unicamente os terroristas, não está em jogo a sua dignidade humana. A sua eventual morte é parte da cadeia de acontecimentos que as suas próprias ações e decisões conscientes geraram, pelo que não estaria anulada a sua autodeterminação e o livre exercício da vontade. Esta pode a qualquer momento fazer mudar de rota e de intento. Os terroristas não seriam objeto de uma decisão coisificadora da sua dignidade, em nome da obtenção de outros fins. Aquela morte seria ainda uma consequência, indireta mas causalmente relacionada, de decisões próprias. Nesse caso haveria apenas lesão do direito à vida, que o *BVerfG* não considera objeto de um direito absoluto. Por isso, a ação do Estado de abater o avião, com a consequência da morte dos referidos terroristas, seria apenas uma ação de defesa ou de proteção da vida de outros cidadãos, sujeita, essa sim, ao princípio clássico da proporcionalidade¹⁷⁴².

Ora, esta orientação assumida pelo *BVerfG* só pode ser interpretada como a expressão de que o Tribunal não apenas entende que o princípio da dignidade humana é *um* princípio absoluto¹⁷⁴³, como entende que o princípio da dignidade humana é *o único princípio absoluto*. Ou, em alternativa, é o princípio *supremo* dos

¹⁷⁴⁰ Por todos, **Möller**, «Balancing...», *cit*, p. 466: a declaração de inconstitucionalidade demonstra que o Tribunal Constitucional considera a dignidade humana insuscetível de ponderação, mesmo perante o direito à vida de pessoas inocentes em terra.

¹⁷⁴¹ Cético em relação a esta possibilidade e considerando-a até contraditória com o juízo de não adequação produzido pelo *BVerfG* baseado na impossibilidade de conhecer com certeza mínima as circunstâncias da situação, **Šušnjar**, *Proportionality*, p. 333.

¹⁷⁴² Cfr. a acima referida decisão de 15.12. 2006, § 140-141.

¹⁷⁴³ Falar-se de um princípio *absoluto* é uma contradição de termos para a teoria dos princípios. Como é sabido, **Alexy** rejeita a possibilidade de princípios absolutos, radicalmente insuscetíveis de ponderação. Uma das questões interessantes suscitadas pelo conhecido entendimento do *BVerfG* de que qualquer interferência na dignidade humana é proibida e insuscetível de ponderação, é o modo como os adeptos da teoria dos princípios a explicam, recebem e, eventualmente, incorporam. Perante a jurisprudência do TC, **Alexy** desenvolve a tese de que a norma da dignidade humana (*Menschenwürde-Norm*) se apresenta num *duplo carácter*, de princípio e regra. A regra da dignidade humana seria absoluta; o princípio da dignidade humana *não* seria absoluto: *Theorie...*, p. 94 (**Möller**, «Balancing...», p. 465, apresenta uma interpretação ligeiramente diferente, concluindo que para **Alexy** a dignidade humana é verdadeiramente um princípio, ou uma norma-ponderação, como qualquer outro direito constitucional).

princípios supremos, o primeiro de uma ordem lexical, com supremacia sobre todos os demais. A própria vida humana não beneficia desse nível de proteção máximo. Todavia, a ser esta a orientação do Tribunal (e não podemos ir aqui mais longe na investigação), isso não resolve as situações em que a função de proteção de certas manifestações da dignidade humana requer a interferência noutras manifestações da dignidade humana. Por exemplo: pode a lei permitir a tortura quando esse seja o meio de evitar que outras pessoas sejam torturadas?

2.1.2. Os direitos só são absolutos na sua função de defesa

Reformulemos ligeiramente o caso analisado no número anterior, de forma a adaptá-lo a um ambiente em que o valor da dignidade humana não atinge o estatuto jusconstitucional que atingiu na Alemanha e em que sobreleva sobretudo a questão do direito à vida¹⁷⁴⁴.

Encarada a *Luftsicherheitsgesetz* sob esse prisma, o que releva em primeira linha é a colisão entre o dever do legislador de se abster de qualquer ação positiva de interferência que lese o direito à vida de um certo universo subjetivo, o dos passageiros e tripulantes inocentes (dever esse que, aliás, é complementado pelo dever de proteção do direito à vida desse mesmo universo subjetivo) e o dever positivo de proteção do direito à vida de outro universo subjetivo, o dos indivíduos potenciais alvos.

Se se admitir que o direito à vida tem natureza *prima facie* como os demais direitos, a resolução dessa colisão passa pela ponderação dos efeitos de qualquer das opções (abate ou não abate), isto é, por uma valoração meramente consequencialista: a opção que produzir efeitos ou consequências menos graves (admitindo que essa valoração é viável quando está em causa o sacrifício do mesmo direito) é aquela que deve ser adotada. Nesse âmbito rege a proibição do excesso *tout court*, embora numa

¹⁷⁴⁴ Cfr. Möller, «The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection», *Law, Society and Economy Working Papers* 13/2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1620377, consultado em Abril de 2013: na Lei Básica alemã, o direito à vida (artigo 2.º, n.º 2) recebe uma tutela menos enfática do que a dignidade humana (artigo 1.º, n.º 1), já que aquele pode ser objeto de restrição por via da lei.

modalidade especialmente exigente, quer como norma de ação, quer como norma de controlo, atendendo ao peso abstrato desse direito.

Se, ao invés, se considerar o direito à vida um direito *absoluto*, como parte da doutrina considera, a perspetiva metódica é mais complexa e o crivo apropriado não é a proibição do excesso.

Há que distinguir dois patamares: (i) a colisão entre bens, interesses ou valores dos passageiros e tripulantes inocentes e dos indivíduos, igualmente inocentes, que poderão vir a ser atingidos pelo ataque terrorista; (ii) a colisão entre os bens, interesses ou valores dos terroristas e dos indivíduos inocentes que poderão vir a ser atingidos pelo ataque terrorista.

A primeira situação é uma das mais dilemáticas do direito e da ética, na medida em que não é possível uma solução harmonizadora em nenhum dos sentidos que esta expressão comporta: para um dos universos de pessoas ameaçadas haverá sempre, inexoravelmente, o sacrifício irremediável, total e definitivo de posições jurídicas subjetivas garantidas de forma absoluta.

Estando em causa a colisão entre, por um lado, os deveres *negativo* de abstenção da postergação e positivo de proteção da vida de passageiros e tripulantes inocentes e, por outro, o dever *positivo* de proteção de cidadãos em terra igualmente inocentes, o ponto crucial é qualificar este segundo dever positivo de proteção da vida que recai sobre o legislador.

Por um lado, o cumprimento desse dever é neutralizado pelo dever positivo correspondente de proteger a vida dos passageiros e tripulação inocentes.

Mas, mais decisivamente, tratando-se de um dever *apenas prima facie*, como se afigura, o dever de proteção da vida dos inocentes em terra não pode sobrepor-se ao cumprimento do dever *absoluto* de abstenção de interferências no direito à vida¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴⁵ Não se deve interpretar o texto como uma adesão à tese da *assimetria* entre os pesos abstratos dos deveres de ação e dos deveres de abstenção. Essa tese, que atribui valor superior aos deveres de abstenção, baseia-se no predomínio da vertente de defesa dos direitos fundamentais, será refutada mais adiante (capítulo 21): defendendo a apreciação *assimétrica* dos conflitos de direitos, **Canaris, Direitos...**, p. 65; **Jarass**, «Grundrechte als Wertentscheidungen...», *cit.* (sendo relevante relembrar que este foi o primeiro juspublicista a receber o conceito de proibição do defeito). Contra, **Matthias Mayer, Untermaß, Übermaß...**, p. 149; **Calliess, Rechtsstaat...**, pp. 445 ss., *passim*; *idem*, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 218; **Störring, Das Untermaßverbot...**, pp. 147 ss.; **Šušnjar, Proportionality**, p. 334; **Jorge P. Silva**, «Interdição de proteção insuficiente...», p. 200. O que se sustenta é que, sendo os deveres positivos sempre *prima facie*, são suplantados por deveres negativos quando estes são (ainda que excecionalmente) *absolutos*. Não se trata de uma questão de

As considerações consequencialistas, como "os passageiros do avião morreriam de qualquer forma"¹⁷⁴⁶, não são decisivas, até porque enfrentam o problema da impossibilidade de prognosticar *exatamente* o que acontece e, consequentemente, quais as consequências das nossas decisões.

Daqui decorre a resposta a uma pergunta que deixámos inicialmente em suspenso: a garantia do conteúdo essencial processa-se da mesma forma quando estejam em causa a vertente negativa do direito - geradora de um dever de abstenção do legislador - e a vertente positiva desse direito - geradora de um dever de ação? A resposta é negativa: embora em ambos os casos se possa falar da garantia do conteúdo essencial, no primeiro caso ela tem natureza absoluta ou categórica, enquanto no segundo tem natureza *prima facie*, que a obriga a ceder, designadamente, perante o núcleo do direito colidente absolutamente garantido¹⁷⁴⁷.

Se no avião viajarem apenas terroristas, a estratégia argumentativa tem de ser diferente.

À cabeça, os terroristas, como pessoas, têm um direito absoluto à vida. Todavia, com os seus próprios atos renunciam tacitamente ao que é absoluto, consentindo na sua relativização. Quando se colocam por vontade e atos próprios na situação de suscitar o dever do Estado de proteção *prima facie* da vida de terceiros e até o direito de legítima defesa, é ao carácter absoluto do direito à vida que estão a renunciar (bem como, subsidiariamente, a rejeitar o dever do Estado de proteger esse direito à vida). Com isso, o seu direito relativiza-se, passando a estar simplesmente protegido pelo

peso ou de importância, mas de uma imposição *normativa*: da Constituição decorre categoricamente a precedência dos deveres absolutos sobre os que são apenas *prima facie*.

¹⁷⁴⁶ Hillgruber, «Der Staat des Grundgesetzes...», p. 217; Šušnjar, *Proportionality*, p. 334.

¹⁷⁴⁷ A orientação do texto é uma abordagem diversa daquela que é perfilhada por Novais, *Direitos fundamentais...*, cit., embora não haja, porventura, discrepância de resultados práticos. O autor parece adotar uma posição fechada, de negação da existência de direitos absolutos, pelo menos quando considerados "como um todo" (ob. cit., pp. 70-71). Nesse contexto, o direito à vida como um todo não é absoluto, sendo, consequentemente, suscetível de ponderação com outros "trunfos" e de cedências. Todavia, não é clara a explicação do autor de que há, afinal, direitos autonomizáveis (embora integrantes do direito "como um todo") em relação aos quais o legislador constituinte tomou uma "decisão definitiva, absoluta, sem exceções", sendo, consequentemente, direitos absolutos (ob. cit., p. 89). A substância da diferenciação entre os direitos não absolutos como um todo e os direitos absolutos autonomizáveis do todo requer clarificação. A procura de visões matizadas é comum na doutrina. V., por exemplo, a de Möller, «The Right to Life ...», cit., p. 2 (o direito à vida é absoluto ou "quase-absoluto" em certas circunstâncias, mas estas são mais raras do que o que frequentemente se pensa).

princípio da proibição do excesso e dependente de considerações essencialmente consequencialistas.

2.1.3. Conclusão

As duas alternativas apresentadas nos números anteriores conduziram a resultados semelhantes na situação concreta: na linha de argumentação do Tribunal Constitucional alemão, a dignidade dos passageiros inocentes não poderia ser desconsiderada, teria de ser absolutamente garantida; na linha de argumentação que propomos, o direito à vida dos passageiros inocentes não poderia ser postergado do modo previsto na Lei da Segurança Aérea.

No primeiro caso, a via seguida pelo Tribunal Constitucional alemão foi considerar que o princípio da dignidade humana é o princípio absoluto ou *supremo*, a que todas as demais considerações e argumentos têm de se subordinar, sem ponderação.

No segundo caso, atende-se à estrutura deontica das normas constitucionais que parametrizam a posição do legislador, constata-se que nuns casos os deveres que delas decorrem são deveres de abstenção e que nos outros são deveres de ação positiva (de proteção). Ora, os deveres de abstenção de interferência em direitos que se possam considerar absolutos, como o direito à vida, são também deveres que devem ser cumpridos sem ponderação, enquanto os deveres de ação são deveres apenas *prima facie*, que cessam na medida em que colidam com os deveres absolutos e incondicionais de abstenção.

A posição que defendemos não tem a desvantagem essencial que apontámos à posição do único direito absoluto/supremo.

Na verdade, ela permite também resolver as situações de colisão entre pretensões derivadas do mesmo direito. Se as pretensões forem ambas de abstenção, não é possível a colisão. Se forem ambas de ação, é possível a colisão, mas nesse caso serão ambas *prima facie*, sendo-lhes aplicável a proibição do defeito.

2.2. Aplicação à colisão entre núcleo essencial de direito e deveres de prestação

A doutrina expendida no número anterior é transponível *mutatis mutandis* para as situações em que o núcleo essencial de um direito encarado de forma absoluta, insuscetível de ponderação, entra em colisão com um direito/dever de prestação em sentido lato. Este deve ser considerado apenas *prima facie*, pelo que deve ceder perante o carácter absoluto do núcleo essencial.

Onze

NÃO PROIBIÇÃO CATEGÓRICA DO MEIO

Já estudámos algumas das figuras mediante as quais a constituição *prima facie* efetua um "cerco deontológico" ao princípio da proibição do excesso: a proibição absoluta de alguns fins, o reconhecimento da não relativização de determinadas posições jurídicas subjetivas, a proteção do conteúdo essencial de normas de direitos. A proibição absoluta ou categórica de certos efeitos jurídicos das normas legislativas independentemente da importância dos fins ou efeitos materiais prosseguidos, é mais uma das peças desse "cerco deontológico", por vezes justaposta às anteriormente referidas. Se o meio - os efeitos jurídicos da norma - for, em si, categórica ou absolutamente proibido, não se põe a questão da sua avaliação à luz da proibição do excesso.

Os meios absolutamente proibidos são primacialmente definidos pelo direito positivo. Desde logo, aquilo que é proibido como fim é proibido como meio, se como meio puder ser utilizado para atingir fins mais remotos ou mais amplos¹⁷⁴⁸. Por outro lado, os fins não podem ser promovidos através de meios como a tortura (artigo 25.º)¹⁷⁴⁹ ou a submissão a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas (artigo 25.º) ou a submissão a escravatura (artigos 26.º, 27.º e outros). Outro meio categoricamente proibido é o da utilização de armas químicas ou

¹⁷⁴⁸ Merten, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 549.

¹⁷⁴⁹ V., também, o artigo 2.2. da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Punições Cruéis Desumanos ou Degradantes, de 1984, redigido em termos de proibição inequivocamente absoluta, tal como o artigo 3.º da CEDH.

biológicas¹⁷⁵⁰ ou de certas armas convencionais¹⁷⁵¹. Nenhuma norma jurídica pode autorizar ou prescrever a utilização dessas armas, qualquer que seja o fim que queira promover.

Mas, apesar da consagração na Constituição e em relevantes instrumentos de direito internacional, o caráter absoluto de algumas proibições não deixa de ser debatido. O caso mais evidente é o da tortura.

Quando não é uma manifestação meramente sádica e arbitrária, sem um fim racionalmente determinável, a tortura visa colocar o torturado ao serviço de um qualquer propósito do torturador. A tortura transforma o torturado num meio para o torturador atingir um fim (uma informação, uma confissão, uma declaração, uma adesão) próprio ou de terceiros e não comungado pelo torturado. Nessa medida, considerações de natureza deontológica, pautadas pela dignidade da pessoa humana, obstam também a que este meio possa ser usado (eventualmente, mesmo que não existisse um preceito como o artigo 25.º, n.º 2, da CRP). Essas considerações resistem mesmo a uma perspectiva *consequencialista* ou *utilitarista*, o que implica que não sejam sequer derrotadas quando o uso da tortura pode contribuir para evitar consequências alegadamente mais ponderosas, como a morte ou o sacrifício de terceiros¹⁷⁵². Aliás, contra a tortura é possível evocar-se argumentos consequencialistas: pode não haver a certeza que a tortura contribua efetivamente para se atingir o fim, sendo certo que a informação obtida dessa forma não é fiável; pode a pessoa torturada não deter afinal a informação que se pretende; e a simples possibilidade de tortura, mesmo com fins legítimos, pode dar azo a abusos¹⁷⁵³.

Porém, esta argumentação vacila quando confrontada com casos clássicos que desafiam a proibição categórica. Admita-se que o potencial objeto de tortura é um

¹⁷⁵⁰ V. Convenção sobre Armas Biológicas ou Convenção sobre Armas Biológicas e à Base de Toxinas (1972); Convenção sobre Armas Químicas (1993).

¹⁷⁵¹ V. Convenção sobre a Proibição ou Limitação do Uso de Certas Armas Convencionais que podem ser consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos Excessivos ou Ferindo Indiscriminadamente (1980).

¹⁷⁵² Note-se que os defensores da teoria dos direitos relativizados pela proporcionalidade (v., por todos, Möller, «Proportionality and Rights Inflation», *cit.*) alegarão que nos casos referidos não há proibições absolutas, mas apenas *prima facie*, isto é suscetíveis de serem derrotadas por argumentos mais pesados. Por exemplo, a proibição da escravatura como meio, ou o direito a não ser escravizado, não é absoluto, mas apenas *prima facie* como os demais. Sucede apenas que não é idealmente concebível nenhuma equação ponderativa em que se possa admitir que a obtenção de certos efeitos ou consequências têm importância ou peso suficiente para justificar a superação daquela proibição.

¹⁷⁵³ V. estes argumentos em Šušnjar, *Proportionality*, pp. 328 ss., esp. 330.

terrorista que, para assistir à perturbação que isso provoca, vai à polícia dizer que colocou uma bomba de grande potência que explodirá numa escola no espaço de três horas, recusando-se a revelar qual. Ou é um raptor de uma criança que está enterrada viva, podendo morrer sufocada num espaço de horas, recusando-se a indicar voluntariamente onde está. A proibição *absoluta* de utilização da tortura como *meio* para atingir o fim de salvar as eventuais vítimas do bombista ou do raptor, em nome de valores morais superiores e contra uma perspectiva *consequencialista*, já parece mais difícil de fundamentar¹⁷⁵⁴.

Nestes casos pode eventualmente ensaiar-se a adaptação das figuras da *legítima defesa* (v. artigo 32.º do Código Penal)¹⁷⁵⁵, do *direito de necessidade* (v. artigo 34.º do Código Penal) ou do *estado de necessidade* (artigo 35.º do Código Penal), como fundamento para a superação de uma orientação *de proibição absoluta* ou *categórica*. Mas, em qualquer circunstância, o uso das pessoas como meios para atingir um fim está sujeito ao crivo da proibição do excesso, eventualmente numa versão particularmente exigente¹⁷⁵⁶.

Debate de sentido contrário a saber se, *mesmo quando há proibição* constitucionalmente ancorada, a proibição pode ser considerada absoluta é o de saber se há *proibições absolutas* que não decorram do direito positivo e, havendo, como se determinam. Tema particularmente crítico é o da definição de quando é absolutamente vedado que a pessoa - ou traços essenciais da dignidade como pessoa - seja usada como meio para atingir um fim.

O direito positivo raramente tem uma resposta inequívoca sobre isso, porque é impossível definir uma resposta precisa, particularmente nas situações mais dilemáticas, como as que se referem à utilização da vida para satisfazer fins de importância suprema. Nesse ponto, os juristas recorrem muitas vezes ao auxílio da filosofia moral como complemento da teoria dos direitos fundamentais. Daí

¹⁷⁵⁴ Elaborando sobre estes exemplos, **Kumm**, «Political Liberalism...», pp. 158 ss.; **Brugger**, «Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?», in *JZ*, vol. 55 (2000), pp. 165-173.

¹⁷⁵⁵ Cfr. **Kumm**, «Political Liberalism...», p. 161, para o caso da tortura: haveria uma relação especial entre o raptor e o raptado (e o bombista e as vítimas), resultante de o primeiro ter sido pessoalmente responsável pela criação de uma específica ameaça à vida do segundo. Nesse caso, gera-se uma situação de legítima defesa por terceiros.

¹⁷⁵⁶ Parece ir nesse sentido **Kumm**, «Political Liberalism...», p. 163.

resultam inter-relações e simbioses onde nem sempre se consegue discernir onde acaba o argumento moral e começa o argumento estritamente jurídico.

Sobre a questão de quando é que é absolutamente vedado que a pessoa humana - ou traços essenciais da dignidade da pessoa humana - seja usada como meio para atingir um fim há, desde logo, uma resposta radical-deontológica, tributária da tradição liberal-social kantiana, que sustenta que as pessoas *nunca podem ser utilizadas como meio* para atingir um fim. Usar ou sacrificar os aspetos fundamentais da dignidade humana como meio de atingir fins alheios é categórica ou absolutamente vedado¹⁷⁵⁷. O Direito não pode deixar de refletir esse axioma, sob pena de ilegitimidade. De acordo com esse ponto de vista, mesmo que algumas soluções legislativas possam resistir a um teste de proibição do excesso interpretado de modo exclusivamente consequencialista (por exemplo, a autorização legal de abate de aviões de passageiros controlados por terroristas que se preparam para os lançar contra o centro vital da capital do país, ameaçando milhares de vidas e interesses supremos do Estado), elas são insuprivelmente inválidas por o meio (o sacrifício de inocentes para proteger outros inocentes) ser absoluta ou categoricamente proibido¹⁷⁵⁸.

Porém, na sua radicalidade aquela proposição da filosofia moral é insubsistente. Não é difícil encontrar exemplos em que a instrumentalização de pessoas ou de traços identificadores da sua humanidade ou dignidade, com ou sem o seu consentimento, não fere o sentimento deontológico mais exacerbado: a participação consentida em experiências médicas ou de testamento vital ou a utilização como combatentes, contra a sua vontade, numa guerra defensiva contra uma invasão externa. O pilar fundador da teoria socio-liberal dos direitos fundamentais, a proposição jus-filosófica de que ninguém pode ser um *meio* para atingir um fim, não pode ter um alcance absoluto ou categórico¹⁷⁵⁹. Admite-se, por isso, que nem sempre que estejam em causa traços primordiais ou elementares da dignidade humana vigora um princípio de inviolabilidade absoluta. Mesmo do ponto de vista da filosofia moral, não é possível excluir perentoriamente a possibilidade de a norma jurídica visar a

¹⁷⁵⁷ **Dürig**, «Der Grundrechtssatz...», pp. 125 ss.; **Finnis**, «Commensuration...», p. 227; **Paulo Mota Pinto**, «O Direito ao Livre Desenvolvimento...», pp. 51-52; **Otero**, *Direito Constitucional...*, p. 76.

¹⁷⁵⁸ Cfr. a declaração de inconstitucionalidade pelo TC alemão da Lei Federal da RFA de 11 de Janeiro de 2005 (*BVerfGE* 115, 118 *Luftverkehrsgesetz*), discutida no final do capítulo anterior.

¹⁷⁵⁹ **Kumm**, «Political Liberalism...», p. 163.

prossecução de fins através da instrumentalização das pessoas ou de elementos da sua humanidade. As pessoas podem em dadas circunstâncias ser um meio para atingir um fim, seja em sentido subjetivo (são intencionalmente usadas como tal pelo agente), ou em sentido objetivo (têm uma função causal na obtenção do fim, independentemente da intenção do agente).

Ainda mantendo o debate essencialmente no plano da filosofia moral e na definição de critérios morais que supostamente devem ser absorvidos pelo direito justo, quem rejeite a radicalidade do axioma kantiano ou do *excepcionalismo da dignidade humana*¹⁷⁶⁰, mas insista em que há limites categoricamente estabelecidos, tem de continuar a sua inquirição. Como delimitar as situações em que a instrumentalização de elementos da humanidade depende simplesmente de justificação através de testes como a proibição do excesso ou, mais latamente, de operações de ponderação e aquelas em que a salvaguarda desses bens, interesses ou valores está imune ou é insuscetível de depender disso? Esse debate assume particular dificuldade quando o que está em causa é o emprego ou afetação da própria *vida humana* como meio para atingir um fim.

Como já tivemos oportunidade de aflorar no capítulo anterior, é justamente nesse domínio que reside o principal desafio para quem constrói um sistema integrado de resolução de colisões normativas sustentado, parcialmente, na proibição do excesso (e em outros instrumentos de mediação de harmonização) e, noutra parte, em argumentos deontológicos ou categóricos suscetíveis de aplicação subsuntiva. Sobre isso, as linhas discursivas propostas são inabarcáveis neste trabalho. Limitar-nos-emos a invocar uma das que, inscrevendo-se nessa estratégia, está em voga e permite, através do contraste, reforçar alguns critérios já propostos anteriormente. Referimo-nos à que distingue a pessoa e o seus atributos vitais como *enabler* e *disabler*.

Tomemos o já clássico dilema do elétrico que desce descontroladamente uma rua ingreme, ameaçando descarrilar e provocar a morte dos seus ocupantes¹⁷⁶¹.

¹⁷⁶⁰ A expressão pertence a **Kumm/Walen**, «Human Dignity...», p. 69.

¹⁷⁶¹ O caso do elétrico, que aqui adaptamos, foi introduzido por **Philippa Foot**, «The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect», in *Virtues and Vices*, Basil Blackwell, Oxford, 1978 (originalmente publicado in *Oxford Review*, vol 5, 1967) e depois exaustivamente estudado: v., por exemplo, **Judith Jarvis Thomson**, «Killing, Letting Die, and the Trolley Problem», in *The Monist*, vol. 59 (1976), pp. 204 ss.; *idem*, «The Trolley Problem», in *Yale Law Journal*, vol. 94 (1985), pp. 1395 ss.; **Frances Myrna Kamm**, «Harming Some to Save Others», in *Philosophical Studies*, vol. 57 (1989), pp.

Admitamos que alguém que assiste (salvador) pode evitar o acidente se empurrar uma outra pessoa de grande porte (*fat man*, vítima um, *V1*) para a frente do elétrico, fazendo-o imobilizar-se. No caso, o sacrifício da vida da *V1* é o meio de salvar a vida de várias pessoas. Mas, independentemente do número de vidas que está em causa e pode ser poupado, considerações de natureza deontológica, pautadas pela dignidade da pessoa humana, obstam a que este meio possa ser usado, mesmo que, numa perspetiva *consequencialista* ou *utilitarista*, se pudesse argumentar que o sacrifício de uma vida é justificado quando se visa salvar um número superior de vidas. Neste caso, *V1* é a *enabler*, isto é, o próprio meio para atingir um fim. Ela é titular de uma pretensão *forte* a que o salvador ou outrem não pratique uma ação diretamente incidente sobre a sua vida e o seu corpo, sem o seu consentimento (ou mesmo com o seu consentimento)¹⁷⁶². Sem embargo, este argumento pode não valer em todas circunstâncias. Se, por exemplo, *V1* é a pessoa que deliberadamente provocou o descontrolo do elétrico e está agora a assistir ao resultado da sua ação, é racionalmente admissível que o Direito trate esta situação de maneira diferente

227 ss.; **Peter Unger**, *Living High and Letting Die*, Oxford University Press, Oxford, 1996; **Kumm**, «Political Liberalism...», pp. 153 ss.; **Kumm/Walen**, «Human Dignity...», pp. 71 ss.

¹⁷⁶² Refira-se que em «Political Liberalism...», p. 162, *passim*, **Kumm** defendeu que, nestes casos, a ideia de um constrangimento deontológico não poderia ser captada apropriadamente pela estrutura da proporcionalidade, particularmente a proporcionalidade e.s.e. Por isso, a proteção absoluta ou categórica destes bens, interesses ou valores resultaria de *outras* considerações não redutíveis ou incorporáveis na estrutura da proporcionalidade, isto é, *exteriores* a ela. Em contrapartida, em **Kumm/Walen**, «Human Dignity...», pp. 75 ss., assiste-se a uma evolução desse pensamento, falando-se agora, por um lado, de pretensões ou de posições jurídicas subjetivas *absolutas* ou *quase absolutas* ("como as pretensões não restritivas podem ser respeitadas sem colocar ninguém numa situação pior que a situação de partida elas devem suscitar, quando esteja envolvida a vida ou a lesão séria do corpo, direitos que são absolutos ou quase absolutos", *ob. cit.*, p. 74), cujo sacrifício *nunca* ou *quase nunca* é justificável (*ob. cit.*, p. 76), e, por outro, da possibilidade de a proporcionalidade e.s.e. (identificada como *balancing*) poder assumir uma base estrutural que lhe permita atender, não apenas às consequências do uso de um certo meio (efeitos positivos e negativos), mas também a considerações deontológicas (*ob. cit.*, pp. 70, 75 ss.). Afigura-se que o pensamento anteriormente expresso por **Kumm**, que era claro e sustentável, é substituído por outro que padece de alguma ambiguidade (adensada por, em alguns passos, se falar exclusivamente de direitos *quase absolutos*, omitindo a hipótese de direitos absolutos: *ob. cit.*, p. 89). Não sendo contestável que a proporcionalidade incorpore na sua estrutura considerações de natureza deontológica que reforcem o peso de certos argumentos, de certos bens, interesses ou valores envolvidos e de certos efeitos ou consequências (*consequencialismo deontologicamente sensível*), já parece difícil compreender como é que considerações absolutas e categóricas sobre uma posição jurídica subjetiva podem ser sujeitas ao "jogo" da proporcionalidade. Dito de outro modo: se não há dúvida de que os direitos ou posições jurídicas subjetivas *quase absolutas* podem ser envolvidas num juízo de proporcionalidade, eventualmente apresentando um peso praticamente ou quase sempre não superável por outras considerações de interesse público ou particular, já não se vê como é que isso pode suceder em relação a direitos ou posições jurídicas subjetivas *absolutas*.

do que quando *V1* é simplesmente alguém que se encontra casualmente no local, sem qualquer responsabilidade nos acontecimentos.

Admitamos agora que ao salvador se abria a possibilidade de desviar o elétrico, manipulando os carris, levando-o para uma linha que lhe permitiria imobilizar-se suavemente, salvando os passageiros. No entanto, nessa linha estava um operário a fazer reparações que seria inevitavelmente colhido pelo elétrico e provavelmente morreria (vítima dois, *V2*). Pode ou não dizer-se que a situação de *V2* é diferente da de *V1*? Será que se pode afirmar, por exemplo, que a situação de *V2* é mais débil do que a de *V1* do ponto de vista moral e jurídico? Para uma determinada visão, sim. A diferença fulcral entre esta situação e aquela em que *V1* é empurrada para fazer parar o elétrico, residiria no seguinte: na segunda situação, *V2* seria apenas titular de uma pretensão *fraca* a que o salvador não pratique a ação de salvar os passageiros, provocando o efeito colateral de provocar um dano à sua vida ou integridade (*restricting claim*); *V2* não é ela própria o *meio* usado para salvar os passageiros, é uma *disabler*. Neste caso, esta ação poderia ser praticada mesmo que o uso do meio (desvio do elétrico, através da manipulação dos carris) tivesse como efeito colateral a morte de *V2*¹⁷⁶³.

O que dizer sobre isso? Recorde-se que no capítulo anterior apresentámos um critério de decisão que, embora formal, assenta em argumentos constitucionais substantivos. Dissemos então que a regra de aplicação categórica que decorre da Constituição é a de que em caso de colisão entre um *dever de ação positiva* de salvaguarda de um direito absoluto e um *dever de abstenção* de interferência num direito absoluto, prevalece o segundo, independentemente de ponderação. Traduzido isso para o caso do elétrico, o sacrifício de *V2* não é justificado. Na circunstância, há uma colisão entre o dever (eventualmente apenas moral) do salvador de praticar atos positivos que salvem os passageiros e o dever de se abster de praticar atos que ponham em risco ou sacrifiquem a vida de *V2*. Este é titular de uma pretensão forte e não de uma pretensão fraca, assente num direito absoluto, o direito à vida

¹⁷⁶³ Assim, Kumm, «Political Liberalism...», pp. 155-156. É esta mesma lógica que o leva a defender que as normas alemãs do *Air Security Act* antes mencionadas não são inconstitucionais: a morte dos passageiros seria um *efeito colateral* de uma ação que não visa diretamente essa morte, nem utiliza os passageiros como meio para atingir um fim.

A conjugação de todos estes pilares da estratégia de "cerco deontológico" - fins absolutamente proibidos, direitos absolutos (ou, mais rigorosamente, posições jurídicas subjetivas absolutas), proteção do núcleo essencial das disposições, meios absolutamente proibidos, regras formais de prevalência de deveres negativos - com a aplicação da proibição do excesso, permite configurar um *continuum* que parece ter condições para tranquilizar aqueles que receiam que os direitos se diluam na enxurrada da ponderação. Tal *continuum* vai da ausência de exposição à ponderação e à proibição do excesso até à plena exposição a esta. Há um grupo, porventura muito restrito, de posições jurídicas subjetivas *absolutas ou categóricas*, não sujeitas a juízos consequencialistas ou utilitaristas, normalmente inerentes ao núcleo mais elementar da dignidade humana. A afetação dessas posições jurídicas não pode servir de meio para a prossecução de qualquer fim, qualquer que seja a sua importância e significado. Este núcleo elementar é tutelado fora do quadro da proibição do excesso¹⁷⁶⁴. Depois, há um núcleo de posições jurídicas subjetivas *quase absolutas ou categóricas*. Não se exclui que o sacrifício ou afetação de traços essenciais da dignidade humana possa ser meio de prosseguir certos fins. Mas o peso com que os efeitos do seu sacrifício comparecem no quadro da aplicação da proporcionalidade e.s.e. é de tal forma elevado que só muito episodicamente podem ser justificados e superados pelos efeitos positivos obtidos. Podemos aqui falar de um *consequencialismo deontologicamente sensível*. Finalmente, o núcleo de posições jurídicas subjetivas sujeito a considerações primordialmente consequencialistas. Admite-se que as fronteiras de cada um dos componentes desta escala são altamente fluídas e talvez até amovíveis por força da realidade constitucional¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶⁴ Este núcleo não depende de qualquer pretensão ou reclamação de um direito que tenha de ser previamente apreciada, nem é negociável, diferentemente do que **Webber** sugere, em contradição com o sentido geral da crítica que dirige à *derrotabilidade* e irrelevância dos direitos que decorreria da doutrina da proporcionalidade (cfr. «On the Loss.», pp. 142 ss., 153).

¹⁷⁶⁵ Conforme se verificou no capítulo anterior, o debate da proibição absoluta de certos meios (e, concomitantemente, de certos fins) está particularmente aceso na Alemanha, balizado pelo entendimento clássico maioritário de que a dignidade humana (artigo 1.º, n.º 1, GG) é um valor absoluto, insuscetível de ponderação. A irrupção dos temas ligados ao combate ao terrorismo, aos desenvolvimentos das biotecnologias (clonagens, manipulação e utilização de embriões, etc.) veio, contudo, introduzir brechas no pensamento clássico e obrigar à sua reponderação (v., por exemplo, **Hain**, «Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung?», *cit.*). Hoje fala-se de uma revisão desse aspeto central da dogmática jusfundamental. Para as referências fundamentais desse debate, **Maribel Pascual**, *El Tribunal...*, p. 164.

Doze

COLISÃO NORMATIVA, EM ESPECIAL DE BENS, INTERESSES OU VALORES

1. Noção geral de colisão normativa

Pressuposto da aplicabilidade da proibição do excesso (e, em rigor, de todos os instrumentos mediadores de harmonização) é a pendência de uma colisão (conflito, contradição ou antinomia) normativa externa¹⁷⁶⁶ que o legislador pretenda ou deva resolver.

A possibilidade de colisões normativas não é unanimemente aceite. Alguns autores negam, designadamente, colisões entre direitos fundamentais, justamente o domínio onde muitos as consideram inevitáveis¹⁷⁶⁷. Em boa medida, trata-se de um vestígio da conceção clássica dos direitos fundamentais como direitos negativos ou de defesa dos indivíduos perante o Estado¹⁷⁶⁸, por vezes reformulada por conceções

¹⁷⁶⁶ As colisões normativas externas são contradições *internormas*; as colisões normativas internas, são contradições *intranormas*: **Veloso**, «Concurso...», p. 211. Alguns autores admitem que o princípio da proibição do excesso é aplicável mesmo em situações onde não há nem verdadeiro e imediato conflito de bens, interesses ou valores, nem necessidade de interferência em alguns deles: cfr. **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 73, exemplificando com situações onde o Estado age como prestador. A proteção dos interesses dos contribuintes implicaria parcimónia nas outorgas de bens materiais, as quais seriam submetidas a uma ideia de necessidade, isto é, só se justificariam em caso de o objetivo da prestação não poder ser atingido por outra via menos onerosa para as finanças públicas. Todavia, esse não parece um bom exemplo. Desde logo porque também esses casos podem ser apresentados como colisões, ainda que a nível mais elevado, isto é, de forma mais indireta ou mais transcendente. Tendo em conta a ausência de total elasticidade fiscal, a concessão de prestações a certos membros individualizados da comunidade, ou a uma certa categoria, implica a preterição das mesmas ou de outras prestações a outros indivíduos ou categorias. E o fornecimento de prestações sem retribuição implica redistribuição de rendimentos através das receitas fiscais, o que implica o sacrifício de bens e interesses relacionados com a propriedade em nome da solidariedade. Em segundo lugar, nessas situações não é aplicável a proibição do excesso, mas sim outro instrumento de mediação de harmonização. Esta segunda questão fica para mais tarde.

¹⁷⁶⁷ Para a discussão em geral, **Zorrilla**, *Conflictos...*, p. 183.

¹⁷⁶⁸ O advogado do regresso a essa conceção com maior audiência é **Böckenförde**. V. o verdadeiro programa de retorno nas muito conhecidas e citadas páginas de **Staat, Verfassung...**, p. 192, ou

filosóficas recentes. HABERMAS, por exemplo, defende a tese da única norma adequada¹⁷⁶⁹. FERRAJOLI, apresenta a tese das diferenças estruturais dos direitos¹⁷⁷⁰. Todavia, essas são orientações refutadas por grande parte da doutrina e contrariadas pela realidade constitucional. É extensamente aceite que na ordem jurídica se podem verificar colisões¹⁷⁷¹. A eliminação dessas colisões normativas é um dos mais importantes desafios da ciência do direito, mas também da autoridade normativa¹⁷⁷².

As colisões normativas podem ser arrumadas de acordo com diferentes critérios¹⁷⁷³. No elenco clássico de ENGISCH figuram as colisões normativas, valorativas, teleológicas, de princípios, de técnicas legislativas¹⁷⁷⁴.

Porventura com exceção das que contém meras definições e remissões (por exemplo, artigo 4.º)¹⁷⁷⁵, todas as disposições constitucionais, isolada ou conjugadamente, veiculam explícita ou implicitamente posições do legislador constituinte sobre bens,

Escritos sobre Derechos..., pp. 131 ss., ou *Stato, costituzione...*, pp. 252 ss.; na mesma linha, com matizações, *Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz...*, pp. 50-51.

¹⁷⁶⁹ Cfr. *infra*, capítulo 17.

¹⁷⁷⁰ Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 353 ss.

¹⁷⁷¹ Apenas alguns dos abundantes locais onde se pode ver o tema tratado: **Bobbio**, «Antinomia», in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, Torino, 1957, pp. 667 ss.; **Alf Ross**, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1959, § 26.º (versão em dinamarquês, *Om Ret og Retfærdighed*, 1953); **Gavazzi**, *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino, 1959; **G.H. Von Wright**, *Norm and Action*, Routledge & Paul Kegan, London, 1963; **Alchourrón/Bulygin**, *Normative Systems*, cit.; *idem*, *Introducción a la metodología...*, cit.; **Engisch**, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Gulbenkian, Lisboa, s.d., pp. 311 ss.; **R. Hilpinen**, «Normative Conflicts and Legal Reasoning», in E. Bulygin / Jean-Louis Gardies / I. Niiniluoto (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht/Boston, 1985, pp. 191 ss.; **Lars Lindahl**, «Conflicts in Systems of Legal Norms: A logical point of View», in Brouwer/Hol/Soeteman/van der Velden/de Wild (eds.), *Coherence and Conflict in Law*, Proceedings of the 3rd Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory, Kluwer Publishe, Amsterdam/Deventer/Boston, 1991, pp. 39-46; **G. Sartor**, «Normative Conflicts in Legal Reasoning», in *Artificial Intelligence and Law*, vol. 1, (1992), pp. 209 ss.; **Hernández Marín**, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998; **Huerta Ochoa**, *Conflictos normativos*, Unam, Mexico DF, 2003; **Veloso**, «Concurso e conflito...», cit.; **Zorrilla**, *Conflictos...*, cit.; **Emerson García**, *Conflito...*, cit.; **Daniel Mendonça**, *Los derechos en juego, conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2006; textos incluídos em **Eva Brems** (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, cit.; **Zucca**, *Constitutional Dilemmas...*, cit.; *idem*, «Conflicts of Fundamental Rights...», cit.; **David Duarte**, «Drawing Up...», cit.; **Guastini**, *La sintassi...*, pp. 291 ss.

¹⁷⁷² **Alchourrón/ Bulygin**, *Introducción a la metodología...*, p. 12.

¹⁷⁷³ Por todos, v. **Veloso**, «Concurso e conflito...», cit., p. 245.

¹⁷⁷⁴ **Engisch**, *Introdução...*, pp. 311 ss.; para um esforço analítico mais completo, **Veloso**, «Concurso e conflito...», cit.

¹⁷⁷⁵ Os enunciados que contêm meras definições são habitualmente tratados à parte: v., por exemplo, **Moreso**, *La indeterminación del Derecho*, p. 17. Todavia, em relação a alguns (ou a todos) não é impossível "lê-los" como expressão de bens, interesses ou valores.

interesses ou valores, designadamente posições sobre se devem ou podem ser promovidos ou perturbados. As normas constitucionais que o aplicador (entendido em sentido lato, como aquele que pratica condutas de cumprimento ou de execução da estatuição da norma ou de imposição do seu cumprimento ou de sancionamento do incumprimento por terceiros) individualiza através da descodificação das disposições constitucionais¹⁷⁷⁶, visam invariavelmente atingir fins de promoção ou sacrifício de bens, interesses ou valores.

Quase toda a norma constitucional é justificada e animada pelo fim que o legislador constituinte quis prosseguir com ela. Tirando os casos que escapam à lógica da direta promoção de bens, interesses ou valores, como são, porventura, os das referidas definições e remissões, mesmo quando da interpretação teleológica das disposições constitucionais não decorra de modo nítido o fim visado pelo legislador constituinte, qualquer norma constitucional pode ser enunciada em termos que incluam a delimitação do fim expressa ou implicitamente resultante do texto (ou da ordem constitucional globalmente considerada).

Analiticamente distinto do fim da norma constitucional, mas em geral pragmaticamente convergente, é o fim que a norma constitucional pretende proibir, obrigar ou permitir que o legislador ordinário prossiga quando produz normas legislativas sobre o tema. Por exemplo, tome-se o seguinte segmento do enunciado normativo do artigo 122.º, respeitante aos candidatos às eleições presidenciais: "São elegíveis os (...) maiores de 35 anos". Deste segmento extraem-se pelo menos duas normas: *N1*, "quando se realizam eleições presidenciais, todos aqueles que tenham menos de 35 anos estão impedidos (proibidos) de se candidatar"; e *N2*, "o legislador está proibido de estabelecer que pessoas menores de 35 anos se candidatem a eleições presidenciais". Uma outra maneira de enunciar *N2* seria a seguinte: "com o fim de potenciar que a função presidencial seja exercida por pessoas com suficiente experiência de vida e maturidade, o legislador está proibido de estabelecer que pessoas menores de 35 anos se candidatem a eleições presidenciais".

¹⁷⁷⁶ A distinção entre preceito, disposição, dispositivo ou enunciado normativo (no plano do *ser*) e a norma (no plano do *dever ser*) que constitui o seu significado, é consensual: v. **Alexy, *A Theory...***, p. 22; **Sieckmann, *Regelmodelle...***, p. 29; **Guastini, *Distinguendo...***, pp. 100 ss.; **Ávila, *Teoria...***, 7.ª ed.; **David Duarte, *A norma de legalidade...***, pp. 31 ss.; **Bäcker**, «Regras...», p. 79; **Teixeira de Sousa, *Introdução...***, p. 199.

De acordo com o formato hipotético-condicional, a norma desdobra-se em previsão (hipótese, antecedente, condições de aplicação, prótase) e estatuição (consequente, apódose)¹⁷⁷⁷, mesmo que qualquer delas (particularmente a previsão) atinja elevados graus de indeterminação (sobretudo por causa do uso de conceitos vagos ou indeterminados), de abstração (por exemplo, "em toda e qualquer situação em que o bem, interesse ou valor x esteja em jogo") ou de generalidade (por exemplo, a norma vincula todo e qualquer sujeito ou entidade, sem discriminação). Um setor da doutrina admite que, com maior ou menor emprego de recursos técnicos e esforço metódico-hermenêutico, quase todas as normas constitucionais podem ser reconstruídas através do formato hipotético-condicional, inclusive as que possuam suporte linguístico *prima facie* categórico-incondicional¹⁷⁷⁸. Desse ponto de vista, enunciados normativos formulados de modo *categórico* ou *incondicional*, como "a vida humana é inviolável" (artigo 24.º, n.º 1), "é proibido tirar a vida humana", "é proibido matar" ou "não matarás"¹⁷⁷⁹, podem ser reconstruídos de forma condicional. Basta que se desvendem as condições de aplicação que não resultam diretamente do enunciado normativo mas que nele estão implícitas ou resultam da conjugação com outras disposições normativas. Por exemplo, aquele enunciado *prima facie* categórico-incondicional pode ser reconstruído de forma hipotético-condicional: "se alguém tiver meios adequados para, por sua livre vontade, tirar a vida a outro ser humano e se não for forçado a isso por legítima defesa, está proibido de o fazer". As formulações poderiam ser muito mais complexas se fosse necessário (e fosse materialmente possível) reconstruir a previsão com inclusão de todas as condições negativas e positivas extraíveis do ordenamento para a verificação da proibição de matar. Mas essa eventual extrema complexidade não desmente o argumento de que todas as normas têm uma previsão (mesmo que não

¹⁷⁷⁷ Rudolf Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. S., Waisenhaus, 1911 (2.ª ed. 1923, p. 190); Teixeira de Sousa, *Introdução...*, p. 206; Atienza/Manero, «Sobre principios...», pp. 108 ss.; Ramião, *Justiça...*, p. 185; David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 75 (acrescentando o elemento do *operador deôntico*; mas este, em rigor, é constitutivo da estatuição).

¹⁷⁷⁸ A distinção entre normas categóricas e hipotético-condicionais remonta a von Wright, *Norm and Action*, cit., capítulos VIII e IX. Dentro da linha de von Wright, recusando a recondução de todas as normas ao esquema hipotético-condicional, previsão/estatuição, v., por todos, Alchourrón / Bulgryn, *Introducción...*, p. 80; Zagrebelsky, *Il diritto mite...*, p. 111 (na medida em que considera que os princípios se distinguem das regras justamente por lhes faltar o elemento estrutural da previsão).

¹⁷⁷⁹ V. Teixeira de Sousa, *Introdução...*, p. 220.

imediatamente apreensível através da sua leitura do enunciado normativo) e uma estatuição. A essa luz, a dicotomia hipotético-condicional/categórico-incondicional, se entendida em termos inflexíveis, não tem subsistência¹⁷⁸⁰.

Por outro lado, as normas constitucionais podem quase sempre descrever-se como normas de conduta dirigidas - exclusiva, especial ou inclusivamente - ao legislador: embora nem todas as normas constitucionais tenham por destinatário só o legislador, quase todas as estatuições das normas constitucionais podem ser reconstruídas em termos de definirem (pelo menos) o estatuto deôntico de condutas do legislador. Essas condutas são definidas através dos modos deônticos de obrigação, proibição e permissão (ou permissão e faculdade¹⁷⁸¹). Já se apresentou o exemplo do artigo 122.º, n.º 1 (N1 e N2). Outro exemplo, agora retirado do artigo 119.º, n.ºs 1, a) e 2: "são publicados no jornal oficial, *Diário da República* (...) as leis constitucionais". N3: "para serem eficazes, as leis constitucionais devem ser obrigatoriamente publicadas em *Diário da República*". N4 "se uma lei constitucional não for publicada no *Diário da República*, todos (incluindo o legislador) estão impedidos de praticar as condutas que seriam válidas se aquela fosse eficaz". Recapitulando e agrupando as várias noções: todas as disposições constitucionais podem ser reconstruídas de modo a exprimir normas que obrigam, proíbem ou permitem condutas do legislador de promoção ou afetação de bens, interesses ou valores a que a constituição atribui relevo positivo ou negativo.

Ora, as normas constitucionais podem entrar em colisão. Adota-se aqui como boa a definição de colisão normativa como a situação em que *duas ou mais normas válidas partilham todas ou algumas condições de aplicação, definindo contudo consequências jurídicas irreconciliáveis*¹⁷⁸². Nestas circunstâncias, dos pontos de vista lógico e/ou

¹⁷⁸⁰ No sentido do texto, **Hernández Marín**, *Introducción a la teoría de la norma jurídica...*, pp. 199-200; **Ramião**, *Justiça...*, pp. 139 ss.; posição ambivalente é a de **Zorrilla**, *Conflictos...*, pp. 85-86, considerando, aliás, que a distinção entre categórico e hipotético não tem o mesmo sentido que a distinção entre condicional e incondicional (*ob. cit.*, p. 126).

¹⁷⁸¹ Como se viu, é possível enunciar as modalidades deônticas não em três mas em quatro modos. Cfr. **Guastini**, *La sintassi...*, p. 56. V. capítulo 8.

¹⁷⁸² Semelhante, **David Duarte**, «Drawing Up...», p. 51; **Guastini**, *Distinguendo...*, p. 167; **Santiago Nino**, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 273; **Zorrilla**, *Conflictos...*, p. 87.

pragmático, uma das normas não pode ser satisfeita sem a inobservância ou violação total ou parcial da outra¹⁷⁸³.

As classificações e nomenclatura das colisões normativas têm a complexidade inerente a uma das matérias mais rebeldes da teoria e da dogmática. Neste ponto trata-se apenas de fixar os conceitos e os pressupostos de que partimos para lidar com o tema deste trabalho.

A colisão de normas constitucionais envolve a colisão dos bens, interesses ou valores por elas tutelados, das condutas do(s) destinatário(s), designadamente do legislador, bem como dos fins por elas prosseguidos. Para o nosso estudo relevam, portanto, quatro modalidades de colisão: (i) entre normas constitucionais; (ii) entre bens, interesses ou valores objeto das normas constitucionais; (iii) entre condutas do legislador; (iv) entre fins. As duas primeiras são versadas neste capítulo, as restantes nos próximos.

2. Tipos de colisões

Uma corrente distingue colisões *abstratas* e *concretas*¹⁷⁸⁴. As primeiras verificavam-se ao nível normativo, em abstrato, resultando imediatamente do trabalho jurídico de interpretação e do conteúdo de duas disposições, isto é, não sendo resultado contingente de uma eventual aplicação concreta¹⁷⁸⁵. As segundas, presumivelmente mais frequentes, só se revelariam na aplicação ao caso concreto¹⁷⁸⁶. Nas colisões concretas, dois ou mais bens, interesses ou valores simultaneamente protegidos, sem colisão aparente, *em princípio* e *em abstrato* pelo Direito, não podem, *em concreto*, ser prosseguidos integralmente. Há a necessidade de *limitação, compressão ou sacrifício* concreto de um, de alguns ou de todos, em alguma medida.

¹⁷⁸³ Guastini, *La sintassi...*, p. 291.

¹⁷⁸⁴ Engisch, *Introdução...*, p. 313; David Duarte, «Drawing Up...», pp. 53, 55 ss., Zorrilla, *Conflictos...*, p. 123; Guastini, *La sintassi...*, p. 292.

¹⁷⁸⁵ Guastini, *Distinguendo...*, p. 167, sustentando que isso pode suceder inclusive nas colisões entre princípios; o exemplo oferecido é o da colisão entre a presunção da inocência (artigo 32.º, n.º 2) e a prisão preventiva (artigos 27.º, n.º 3, b), e 28.º).

¹⁷⁸⁶ Guastini, *Distinguendo...*, p. 167.

A disjunção é polémica. Uma corrente sustenta que todas as colisões "resultam necessariamente dos componentes semânticos das previsões normativas, e são por conseguinte dadas já com formulações legais, independentemente do contexto de aplicação". A distinção entre colisões abstratas e concretas não teria consistência¹⁷⁸⁷. Outra corrente tende a considerar que muitas colisões só podem formar-se em concreto e nunca em abstrato, na medida em que só perante o influxo do caso concreto é possível desvendar as condições de aplicação de normas cuja previsão é radicalmente ambígua e indeterminada¹⁷⁸⁸.

Ora, evitando a troca de argumentos sobre a questão teórica mais geral, importa simplesmente notar que a questão, encarada na perspetiva do legislador, tem contornos específicos.

Deixando de lado o caso das chamadas leis-medida, o legislador é impelido a produzir normas harmonizadoras *abstratas* em casos de colisões *abstratas* de normas constitucionais. É certo que a sua decisão de legislar se forma num momento e em circunstâncias *concretas*, mediante impulsos e iniciativas *concretas* e contextualizadas, mas o estímulo vem de uma colisão normativa *abstrata*. Não é forçoso que no momento em que é convocado haja já colisão concreta de bens, interesses ou valores com contornos nitidamente fixados. Por outro lado, não é plausível que o legislador consiga abarcar e antecipar todas as propriedades dos casos concretos que eventualmente ocorrerão no futuro, atentas as insuficiências cognitivas com que se debate. Essas debilidades epistémicas podem obstar, inclusive, a uma perspetiva inequívoca sobre o modo deôntico que rege ou define a sua posição face à colisão..

Dizer-se que as colisões normativas são abstratas é o mesmo que dizer que são abstratas as colisões de bens, interesses ou valores que suscitam a intervenção do legislador, como abstratas são as colisões das suas posições. Por isso, quanto muito podem distinguir-se dois tipos de colisões *abstratas*: (i) as cognoscíveis em termos abstratos *tout court*; (ii) as cognoscíveis em termos abstratos, mas com a referência imprescindível a situações prototípicas ou casos paradigmáticos, reais ou

¹⁷⁸⁷ **Veloso**, «Concurso...», pp. 225, 238, assimilando as colisões abstratas às patentes e as concretas às ocultas e baseando a distinção apenas no talento do intérprete.

¹⁷⁸⁸ **Maldonado**, *La proporcionalidad...*, pp. 7, 22, *passim*.

hipotéticos, apreensíveis ou cognoscíveis pelo legislador¹⁷⁸⁹. Por forma a distingui-las, podemos chamar às primeiras colisões *abstratas* e às segundas *colisões abstratas com referencial concreto*.

Um exemplo da primeira situação é o da necessária (isto é, não meramente contingente) colisão entre as normas constitucionais da presunção da inocência (artigo 32.º, n.º 2) e da prisão preventiva (artigo 27.º, n.º 3, b)). A primeira traduz-se, designadamente, na *proibição* de o legislador fazer incorrer qualquer pessoa em consequências privativas ou ablativas da liberdade enquanto não for julgada culpada da prática de um crime; da segunda decorre a *permissão* de o legislador estabelecer com alguma latitude que qualquer pessoa pode ser preventivamente presa (respeitados os limites constitucionais), não obstante a presunção da sua inocência. Um exemplo clássico da segunda situação é a colisão entre liberdade de expressão (artigo 37.º, n.º 1) e bom nome e reputação (artigo 26.º, n.º 1). Das normas constitucionais não decorre necessariamente qualquer colisão entre esses bens, interesses ou valores, nem entre condutas comandadas ou permitidas ao legislador. Teoricamente, *todos* aqueles podem ser exercidos ou fruídos pelos seus titulares. Quanto ao legislador, está obrigado a abster-se de interferências na liberdade de expressão e a protegê-la; e está obrigado a abster-se de condutas que impeçam ou dificultem o benefício do bom nome e reputação e a criar condições para a sua proteção. Teoricamente, pode cumprir *todas* essas obrigações de abstenção e de ação positiva. Todavia, o conhecimento empírico revela que haverá, com um elevado grau de probabilidade, colisões pragmáticas entre os bens, interesses ou valores e entre as posições do legislador deonticamente delineadas. Há ocorrências históricas prototípicas de colisão entre aqueles bens, interesses ou valores, normalmente com alguma forma de registo e, por isso, elencáveis com razoável precisão, que demonstram que por vezes o legislador tem a obrigação de interferir na liberdade de expressão para proteger o direito ao bom nome e à reputação ou a obrigação de consentir perturbações desta para proporcionar o exercício daquela.

A disjunção entre colisões abstratas e abstratas com referencial concreto deve ser cruzada com a clássica construção de ALF ROSS que, atendendo à *relação entre as previsões* das normas colidentes, distingue três situações de colisão: total-total, total-

¹⁷⁸⁹ Cfr. Hurley, «Coherence...», p. 224.

parcial e parcial-parcial¹⁷⁹⁰. No plano constitucional, todas elas são abstratamente apreensíveis, embora a apreensão das últimas requeira referenciais concretos, nos termos expostos no parágrafo anterior.

Na colisão total-total, opõem-se normas *gerais* (no sentido que resulta da dicotomia entre lei geral e lei especial ou excecional), desvendando a interpretação que as consequências são incompatíveis e que os pressupostos de aplicação se sobrepõem totalmente. Na total-parcial (ou parcial unilateral¹⁷⁹¹), as consequências são incompatíveis, mas os pressupostos de aplicação de uma das normas estão totalmente incluídos nos pressupostos de aplicação da outra norma: trata-se da relação típica entre *lei geral e lei especial ou excecional*. Na parcial-parcial (ou parcial bilateral¹⁷⁹²), as normas colidentes são *todas gerais*, apenas se sobrepondo alguns pressupostos de aplicação e só em relação a esses havendo consequências incompatíveis¹⁷⁹³.

Comum às três situações é (i) a partilha pelas normas colidentes de todas ou algumas condições de aplicabilidade e (ii) a irreconciliabilidade das consequências estatuídas. Pode ainda especificar-se que as consequências podem ser irreconciliáveis por os efeitos jurídicos e os fins visados serem incompatíveis (sendo, todavia, os modos deônticos idênticos) ou por os modos deônticos serem diferentes (sendo, todavia, os efeitos jurídicos e os fins idênticos) ou por qualquer combinação entre essas hipóteses¹⁷⁹⁴.

3. A resolução das colisões

A primeira instância de resolução (ou de evitamento) de colisões é a interpretação da disposição constitucional que, decodificando a informação textual nela contida,

¹⁷⁹⁰ *On Law and Justice*, § 26.º.

¹⁷⁹¹ Guastini, *La sintassi...*, p. 294.

¹⁷⁹² Guastini, *La sintassi...*, p. 294.

¹⁷⁹³ Veloso, «Concurso...», p. 238, alude a uma quarta, sem desenvolver nem demonstrar que se trata de uma antinomia em sentido próprio. A distinção entre colisões total-parcial e parcial-parcial é teoricamente subsistente, mas pode suscitar dificuldades práticas de aplicação em algumas situações.

¹⁷⁹⁴ David Duarte, «Drawing Up Boundaries...», p. 52.

permite a individuação das normas¹⁷⁹⁵. No caso das colisões entre normas constitucionais, sobreleva a intenção de interpretação harmonizadora, segundo uma diretiva geral de concordância prática (cfr. *infra*).

Não sendo a interpretação suficiente para evitar a colisão, pode seguir-se a aplicação de critérios de resolução de colisões estabelecidos por normas sobre normas ou meta-normas. É o caso dos critérios cronológico (disposição posterior revoga a anterior, "*lex posterior derogat legi priori*"), de especialidade (norma especial derroga a geral ou norma excecional prevalece sobre norma geral, "*lex specialis derogat legi generali*") ou hierárquico (disposição hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior, "*lex superior derogat legi inferiori*")¹⁷⁹⁶. Em situações de imbricação de disposições ou normas provenientes de várias autoridades normativas ou de vários ordenamentos emissores (ordenamentos supranacionais, nacionais, regionais), de acordo com esquemas de distribuição de competências, é necessário recorrer a outros critérios, como os da *competência*, da *subsidiariedade*¹⁷⁹⁷ e da *consumpção*¹⁷⁹⁸. Pode também considerar-se pertencente a este grupo a norma da aplicação mais favorável, vigente em certos domínios (por determinação de uma norma geral ou por ressalva da própria regra em conflito).

Na colisão total-total de normas constitucionais, a circunstância de se tratar de normas com a mesma hierarquia ou valor formal impossibilita a aplicação do critério hierárquico. Por outro lado, sendo total-total, não vale o critério da especialidade. Se se tratar de duas normas inseridas em momentos distintos, pode aplicar-se o critério cronológico. Porém, nesse caso não há verdadeira colisão, mas sim colisão aparente: norma posterior derroga a anterior, pelo que esta não é já norma válida (e as colisões reais dão-se entre normas válidas)¹⁷⁹⁹. Não sendo aplicável nenhum destes princípios, haverá duas normas válidas com dignidade constitucional totalmente contraditórias (na previsão e na estatuição). Não parece que as colisões abstratas

¹⁷⁹⁵ Canotilho, *Direito...*, 7.^a ed., pp. 1223-1224; Guastini, *La sintassi...*, pp. 295 ss.

¹⁷⁹⁶ Cfr. Guastini, *La sintassi...*, pp. 298 ss.; com tratamento algo diferente, mas com zonas de coincidência, David Duarte, «Drawing Up the Boundaries...», pp. 57 e ss.; Alexy, *Theorie...*, pp. 77-78 e *Teoria...*, pp. 88-89; Zorrilla, *Conflictos...*, pp. 147 ss.: a expressão "*derogat*" não assume o mesmo significado em todos os aforismos.

¹⁷⁹⁷ Teixeira de Sousa, *Introdução...*, p. 419.

¹⁷⁹⁸ *Idem*.

¹⁷⁹⁹ Cfr. Zorrilla, *Conflictos...*, pp. 148 ss.

total-total possam ser superadas através de operações de harmonização realizadas pelo legislador, com recurso aos instrumentos mediadores de harmonização, designadamente a proibição do excesso. As normas anulam-se reciprocamente¹⁸⁰⁰. Gera-se o que a doutrina designa de lacuna de colisão¹⁸⁰¹. As lacunas infraconstitucionais de colisão podem ser integradas pelo modo por que as lacunas são integradas (v. Código Civil, artigo 10.º). Mas no caso das lacunas constitucionais é muito duvidoso que se possa aplicar irrestritamente a solução do Código Civil, pelo que a lacuna de colisão consiste, na verdade, numa lacuna só suprível por nova intervenção do legislador constitucional.

As colisões total-parcial de normas constitucionais são primariamente superadas através do critério da *lex specialis*¹⁸⁰².

Já as colisões parcial-parcial de normas constitucionais não podem ser superadas através da *lex specialis* (tal como também não podem sê-lo através dos outros critérios referidos, pelos motivos aduzidos). É nestes casos que se coloca a possibilidade de a constituição conter um comando de harmonização que determine que estas colisões sejam superadas pelo legislador através da harmonização dos bens, interesses ou valores e dos fins colidentes, com a mediação dos instrumentos de harmonização concretamente aplicáveis¹⁸⁰³. São estas colisões parcial-parcial que constituem pressuposto de aplicabilidade da proibição do excesso.

4. Colisões de bens, interesses ou valores

À proibição do excesso interessam *todas* as colisões parcial-parcial?

Para responder temos de recorrer a outras formas de descrição da colisão normativa. Atenderemos agora à colisão, essencialmente pragmática, entre bens, interesses ou valores. A colisão entre normas implica a suscetibilidade de a satisfação de um bem,

¹⁸⁰⁰ **David Duarte**, «Drawing Up Boundaries...», p. 56.

¹⁸⁰¹ **Veloso**, «Concurso...», p. 208.

¹⁸⁰² A questão não é pacífica: contra v. **Zorrilla**, *Conflictos...*, p. 153. **David Duarte**, «Drawing Up Boundaries...», pp. 61-62, sustenta que as colisões total-parcial entre uma norma *geral* hierarquicamente superior e uma norma *especial/excepcional* inferior são superadas através de ponderação e não através da regra da *lex superior*. Não parece uma orientação inexpugnável, mas a sua discussão sai do âmbito desta investigação.

¹⁸⁰³ Assim, **Guastini**, *Distinguendo...*, pp. 169 ss. e **David Duarte**, «Drawing Up Boundaries...», p. 58, embora referindo-se apenas (insuficientemente) ao método da ponderação.

interesse ou valor só se poder fazer à custa do sacrifício de outro. A pergunta a que cabe agora dar resposta é a seguinte: as colisões de bens, interesses ou valores que valem como pressuposto da aplicabilidade da proibição do excesso são colisões de *quaisquer* bens, interesses ou valores, independentemente da sua natureza?

A resposta a essa pergunta orbita tradicionalmente em torno de duas orientações opostas, a restritiva e a ampliativa. A par das versões mais extremas de cada uma delas, pontificam versões moderadas, intermédias ou sincréticas.

Embora o debate entre estas tendências transcenda o espaço jurídico alemão¹⁸⁰⁴, atingiu aí amplitude e aprofundamento que justificam atenção acrescida, até porque o sentido do debate dogmático alemão tem influenciado decisivamente outros ordenamentos, incluindo o da UE¹⁸⁰⁵.

4.1. Tese restritiva

A tese restritiva articula-se com a versão puramente *garantística* do princípio, decorrente da ideia de proibição do excesso como “*Abwehrrecht gegen der Staat*”. Correspondendo aos apelos à “moderação” no emprego da proibição do excesso¹⁸⁰⁶, as teses restritivas consideram que o seu alcance material não vai além da limitação da atividade do Estado restritiva da liberdade¹⁸⁰⁷. A proibição do excesso não é mais do que a última válvula de segurança da liberdade dos particulares¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰⁴ Por exemplo, discutindo a questão de saber se a proporcionalidade clássica tem um âmbito de aplicação circunscrito à colisão de interesses públicos e direitos fundamentais ou mais além, **Craig**, «Proportionality...», *cit.*

¹⁸⁰⁵ Cfr. o capítulo 2.

¹⁸⁰⁶ V. **Ossenbühl**, «Maßhalten mit dem Übermaßverbot», pp. 158 ss.

¹⁸⁰⁷ **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 533; parece ser essa também a posição de **Kluth**, «Prohibición...», p. 223, **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 61 (o princípio da proporcionalidade é “um critério de aferição da legitimidade da ação pública que, na prossecução de um fim público, afeta ablativamente a esfera jurídica de um particular”) e, implicitamente, **Morais**, *Curso de Direito Constitucional...*, tomo II, vol 2, pp. 475 ss. Talvez se possa dizer, aliás, que esta é a posição implicitamente assumida pela maioria dos autores: **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 513; **Fromont**, «Le principe...», p. 164; **Möller**, «Proportionality...», p. 710; **Tsakyrakis**, «Proportionality...», p. 474 e outros.

¹⁸⁰⁸ **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 520.

Os fundamentos das teses restritivas são essencialmente teóricos. Assim, defende-se que a liberdade é a "mãe" da proibição do excesso¹⁸⁰⁹. Esta tem simplesmente a função de defender os direitos e a esfera de liberdade individuais¹⁸¹⁰, não sendo aplicável a constelações com eles incomparáveis, designadamente as da organização do Estado, do orçamento ou do direito civil¹⁸¹¹.

Ou então, num argumento que atende predominantemente à estrutura normativa, defende-se que as normas que alicerçam fins ou considerações de interesse público não são diretivas de otimização do mesmo tipo que as normas de direitos. O legislador não está *obrigado* a otimizar ou mesmo a prosseguir aqueles. Ao contrário do que sucede com as normas de direitos, as normas que consagram interesses públicos são permissões ou recomendações de otimização e não diretivas ou obrigações de otimização¹⁸¹². Por isso, a proibição do excesso não é aplicável quando se trate de limitar a promoção de um interesse público para elevar o nível de garantia e promoção de um direito fundamental¹⁸¹³.

Esta tese reflete tendencialmente a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. A pedra de toque fundamental é a sua posição em relação à aplicabilidade no âmbito do Direito da organização estatal (*Staatsorganisationsrechts*), designadamente às medidas legislativas (e outras) que interferem na autonomia local e, no caso da Alemanha, nos Estados federados (*Länder*). O Tribunal tem rejeitado essa aplicação, uma vez que nesse domínio são aplicáveis outros instrumentos paramétricos¹⁸¹⁴.

¹⁸⁰⁹ *Idem*, p. 538.

¹⁸¹⁰ *Idem*, p. 541.

¹⁸¹¹ *Idem*, p. 542, *passim*.

¹⁸¹² **Rivers**, «Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing», p. 168; no mesmo sentido **Barak**, *Proportionality...*, pp. 534 ss.; cfr. também, **Meyerson**, «Why Courts Should Not Balance Rights...».

¹⁸¹³ **Barak**, *Proportionality...*, p. 535.

¹⁸¹⁴ **Kluth**, «Prohibición...», p. 236.

4.2. Tese ampliativa

No extremo oposto, a tese ampliativa é sufragada por BLECKMANN¹⁸¹⁵, e SCHLINK¹⁸¹⁶, entre outros¹⁸¹⁷, com matizações e motivações várias. Para esta orientação, a proibição do excesso é mais do que uma barreira protetora da liberdade. Embora se possa admitir que o préstimo mais imediato do princípio seja o da preservação de posições jurídicas subjetivas contra interferências desnecessárias ou desproporcionais, ele vale como princípio geral disciplinador da atividade do Estado, aplicável em todos os domínios em que haja uma colisão entre bens, interesses ou valores.

Em primeira linha, o princípio aplica-se quando esteja em causa a resistência de posições jurídicas subjetivas em relação a interferências, qualquer que seja a sua origem e o tipo de colisão. São, em resumo, os seguintes casos: (i) interferências nos direitos fundamentais com vista à promoção de interesses coletivos¹⁸¹⁸; (ii) interferências em faculdades resultantes de direitos fundamentais com vista à proteção de posições jurídicas subjetivas de outros particulares igualmente tuteladas através de direitos fundamentais¹⁸¹⁹; (iii) limitações de direitos a prestações concretizadoras de direitos sociais, na medida em que colidam e tenham de ser contrapesados com os interesses dos contribuintes¹⁸²⁰; (iv) colisões de interesses de pessoas privadas protegidos através da *Privatrechtsordnung*¹⁸²¹; (v) colisões de direitos não protegidos pela constituição, isto é, decorrentes da lei ordinária, oponíveis por pessoas privadas a outras pessoas privadas¹⁸²²; (vi) colisões de direitos que resultam da atuação da Administração com interesses

¹⁸¹⁵ Bleckmann, *Begründung...*, pp. 177 ss.; algumas indicações já em *Staatsrecht II...*, pp. 368 ss., 377.

¹⁸¹⁶ Schlink, «Der Grundsatz...», p. 447.

¹⁸¹⁷ A real inclinação de Alexy suscita dúvidas, embora nunca tenha aprofundado especificamente essa vertente. Na medida em que considera que os bens coletivos podem ser objeto de princípios e defende que o princípio da proporcionalidade é inerente à estrutura de princípios, admitirá presumivelmente que o princípio da proporcionalidade é aplicável em situações de colisões de bens, interesses ou valores coletivos (v. Alexy, «Entrevista a Robert Alexy...», *cit.* p. 19).

¹⁸¹⁸ Bleckmann, *Begründung...*, p. 178.

¹⁸¹⁹ *Idem*, p. 179.

¹⁸²⁰ *Idem*, p. 179.

¹⁸²¹ *Idem*, p. 179.

¹⁸²² *Idem*, pp. 179-180.

públicos¹⁸²³; (vii) colisões de posições jurídicas subjetivas protegidas por lei ordinária, com estrutura idêntica aos direitos fundamentais, com interesses públicos ou outras posições jurídicas subjetivas¹⁸²⁴.

Por outro lado, argumenta-se a favor da utilização do princípio como instrumento de proteção de interesses públicos, especificamente protegidos pela constituição, assistidos de certas garantias formalmente assimiláveis a garantias *subjetivadas*. Um primeiro grupo é composto pelos chamados direitos fundamentais (designação meramente figurativa, uma vez que não recobrem nem são instrumentais em relação a interesses de particulares, antes se traduzindo em competências e direitos de participação) dos estados da Federação (*Länder*), das autarquias (*Gemeinden*), dos órgãos dos Estados e dos titulares de cargos públicos. O princípio do Estado de Direito, ao implicar a garantia do exercício das competências tal como previstas na constituição, justifica a aplicação do princípio sempre que se verifique um conflito entre elas e a prossecução dos interesses públicos a cargo do Estado cuja resolução implique um sacrifício de alguns dos interesses em conflito¹⁸²⁵. Um segundo grupo é constituído por alguns interesses públicos salvaguardados contra os próprios órgãos dos estados da Federação. São, designadamente, interesses públicos garantidos especificamente pela constituição ou que o Estado é especificamente incumbido de prosseguir, como os interesses financeiros (*Finanzinteresse*) e o interesse da proteção do ambiente. A limitação destes interesses públicos está sujeita a um grau de exigência idêntico ao da limitação dos direitos fundamentais, pelo que se aplica também o princípio da proibição do excesso em caso de necessidade de resolução de colisões com outros interesses públicos¹⁸²⁶.

Finalmente admite-se em alguns domínios uma vocação *puramente objetivista* do princípio. BLECKMANN introduz a *Kompetenztheorie*¹⁸²⁷ como alternativa ou complemento de uma proibição do excesso fundada numa conceção subjetivista do

¹⁸²³ *Idem*, p. 180.

¹⁸²⁴ *Idem*, p. 180.

¹⁸²⁵ *Idem*, p. 180; também, **Schlink**, «Der Grundsatz...», p. 449 (referindo especificamente os conflitos entre maioria e minoria parlamentar, parlamento e deputados singulares, governo e parlamento, governo e comissões de inquérito e assim por diante).

¹⁸²⁶ *Idem*, p. 180. O autor esclarece, todavia, que este alargamento do âmbito de aplicação do princípio aos conflitos entre interesses públicos não tem como consequência inexorável que a avaliação da correção do contrapeso seja da competência de um juiz (constitucional): v. pp. 180-181.

¹⁸²⁷ *Idem*, p. 181.

Estado de Direito¹⁸²⁸. A *Kompetenztheorie* parte da imposição de que a ação do Estado está *sempre* vinculada à prossecução do interesse ou bem público¹⁸²⁹. A *adequação* e a *necessidade* seriam, conseqüentemente, *pressupostos* permanentes do exercício das competências orientadas à satisfação de interesses públicos. Estes subprincípios da proibição do excesso desvincular-se-iam da tarefa específica de proteção de posições jurídicas subjetivas para passarem a *pressupostos das competências*, aplicáveis mesmo que não se verifique qualquer limitação ou agressão a um direito¹⁸³⁰. E a ponderação de interesses seria também exigível no caso de estarem em presença *simplesmente interesses públicos*. Na verdade, na perspectiva de um princípio do Estado de Direito “objetivado” (*verobjektiviert*) e da noção de *bonum commune*, não é indiferente a composição material resultante da concreta ponderação, na medida em que havendo concorrência entre vários interesses públicos deve ser dada preferência àquele que tiver maior peso¹⁸³¹. Isso é particularmente evidente na situação de confronto entre o interesse público da adequada mobilização e distribuição dos recursos financeiros, humanos e materiais do Estado e outros interesses públicos. A exigência de uma ponderação de interesses públicos, nos termos em que a proibição do excesso a postula, seria reforçada pela consideração de que em última análise os interesses públicos são uma “soma de interesses privados”¹⁸³².

1828 A expressão é “*Abkoppelung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vom subjektiven Rechtsstaatsprinzip*”: *idem*, p. 183.

1829 *Staatsrecht II...*, p. 377; *Begründung...*, pp. 181 ss.

1830 *Begründung...*, pp. 181-182. O autor invoca o caso paralelo da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal de Justiça das Comunidades (hoje, da UE), onde também serve para preservar princípios fundamentais objetivos. A *Kompetenztheorie* de **Bleckmann** não deve ser confundida com a teoria que atribui ao princípio da proibição do excesso a tarefa (*complementar*) de repartição de competências. De acordo com a primeira, o respeito pelas máximas da proibição do excesso seria um *critério* para um órgão exercer uma competência previamente atribuída. Diversamente, a teoria do princípio da proibição do excesso como *mecanismo de repartição de competências* (*Kompetenzverteilungsmachanismus*), sustenta que o princípio serve de mecanismo ou de critério de delimitação de competências. Sobre isto **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, pp. 198 ss.

1831 *Begründung...*, p. 183.

1832 *Idem*, pp. 180, 182. O alargamento do âmbito de aplicação do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade ao conflito de interesses exclusivamente públicos coloca desde logo o problema da distribuição de tarefas entre parlamento e juiz na monitorização da ponderação de interesses. Não traçando a constituição qualquer critério de ponderação, só o legislador pode defini-lo, não competindo ao juiz constitucional a sua avaliação, pelo que o princípio seria exclusivamente um instrumento de autocontrolo.

Com esta tese atinge-se o *ponto máximo* de amplitude do princípio da proibição do excesso de acordo com um critério dos bens, interesses ou valores em jogo. Todas as colisões de bens, interesses ou valores e todos os atos do poder público que pretendam resolver essas colisões lhe ficam sujeitos.

5. Posição adotada

A posição que parece mais consentânea com o *espírito* e a *estrutura* (e até com o *sentido histórico*) da proibição do excesso como instrumento da harmonização aproxima-se das teses restritivas, mas com alguma matização¹⁸³³.

¹⁸³³ Não seguiremos a orientação dos autores que imputam à proibição do excesso, designadamente, a função de critério de repartição de competências por vários órgãos. Um dos defensores representativos desta perspectiva, entre nós, é **Miranda, Manual...**, IV, 2.^a edição, p. 216: o princípio da proporcionalidade também envolveria "uma directiva para as relações que se desenrolem no interior do aparelho institucional do Estado, *maxime* na consideração das competências dos órgãos em determinadas vicissitudes". Por isso, vislumbra no art.º 189, n.º 5, da CRP, manifestação do princípio. Pese embora aí não estar em causa a resolução legislativa de colisões, pode dizer-se que a orientação exposta vale também para a questão de saber se a proibição do excesso joga algum papel na superação da colisão do dever do administrador de respeitar a constituição, ao abrigo do princípio da constitucionalidade e de cumprir a lei, sob a égide do princípio da legalidade. A admissão da aplicabilidade da proibição do excesso nesta situação equivaleria à aceitação de que ele é passível de ser convocado para mediar a operação de resolução de uma *colisão* entre dois princípios constitucionais objetivos de ordenação normativa e, em segunda linha, para presidir à resolução de um problema de delimitação de competências do órgão administrativo face ao legislador e ao próprio juiz constitucional. Contudo, mesmo que se possa demonstrar nesse caso a existência de uma vontade e finalidade de prosseguir coordenadamente e otimizadamente dois princípios constitucionais (o que poderia discutir-se), não há lugar à aplicação do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade *proprio sensu*, ao invés do que parece sugerir **Andrade, Direitos...**, 2.^a ed., p. 210. Haverá porventura necessidade de mobilizar um outro instrumento de mediação da operação de ponderação e otimização a que também não seja estranha a ideia de proporção, no sentido de temperança, bem como as ideias de prudência ou razoabilidade, mas não a proibição do excesso. Desde logo, porque quando o órgão administrativo é confrontado em concreto com um problema de constitucionalidade de uma norma lesiva de direitos, liberdades e garantias, ou opta pela *única* hipótese adequada e necessária para proteger o princípio da constitucionalidade, ou opta pela *única* atitude adequada e necessária para respeitar o princípio constitucional da legalidade. Os segmentos da adequação e da necessidade não têm em rigor aplicação, porque a adequação e a necessidade estão *pressupostas* à partida em cada uma das opções, sendo estas as *únicas* adequadas e necessárias para prosseguir um dos princípios sacrificando *integralmente* o outro. Mas, por outro lado, é certo que o órgão da Administração teria de realizar uma operação de ponderação ou de balanceamento entre princípios e bens, interesses ou valores constitucionais colidentes. Nessa perspectiva, tratar-se-ia de uma operação formalmente semelhante à inerente à aplicação do segmento da proporcionalidade e.s.e. Mas o ambiente em que essa operação de balanceamento ou ponderação se efetuaria não é o ambiente próprio do princípio da proporcionalidade, o ambiente da colisão de princípios protetores de bens, interesses ou valores total ou parcialmente subjetiváveis. Essa operação de ponderação levaria ao sacrifício de um desses princípios, aquele que revelasse menor peso no caso concreto. Nesta hipótese haveria uma operação de ponderação de princípios, com uso de um instrumento de mediação que apela a padrões de razoabilidade ou de aplicação equilibrada dos bens, interesses ou valores subjacentes a cada um

Na verdade, a proibição do excesso irrompe no firmamento garantístico essencialmente como um instrumento de *restrição das restrições* a direitos. A intenção inicial que a animava quando foi transposta da atividade administrativa para o campo da atividade legislativa era barrar o caminho a um legislador excessivo, impedindo-o de afetar desproporcionadamente direitos em nome da prossecução de interesses públicos ou coletivos. Tal continua a ser o núcleo duro - quase que se pode dizer *a ratio essendi* - do princípio da proibição do excesso. Este visa assegurar que, em caso de colisão, a harmonização entre os interesses coletivos e a liberdade não se faça com sacrifício desproporcionado desta¹⁸³⁴.

Este critério cobre as posições subjetivas das entidades com autonomia. Como se assinalou acima, noutras latitudes a sujeição da sua afetação à proibição do excesso é discutida¹⁸³⁵. Entre nós, essa discussão é menos pertinente.

Quanto às regiões, há indicadores relevantes de que a Constituição equipara a *direitos* as faculdades e os poderes autonómicos, sejam os que constam da Constituição, sejam os que os estatutos político-administrativos consagram: reveja-se o artigo 281.º, n.º 1, d), e a sua alusão aos *direitos* da região autónoma consagrados no estatuto respetivo. Se houver alguma possibilidade de interferência com vista à prossecução de outros interesses, haverá lugar à aplicação da proibição do excesso. Daí não decorre alteração ao critério proposto.

Pela mesma ordem de razões se pode defender a extensão de semelhante doutrina às atribuições e à organização, bem como aos regimes das finanças locais e da tutela administrativa das autarquias, incluindo os fixados por lei (artigos 237.º, n.º 1, 238.º, n.º 2, e 242.º). É teoricamente defensável que, uma vez estabelecidos determinados parâmetros autonómicos, os entes autárquicos adquirem um conjunto de posições jurídicas com um perfil estruturalmente equivalente a direitos. Nessa linha, a interferência do legislador nessas posições jurídicas com alguma radicação subjetiva (diminuindo a autonomia, interferindo na organização, cortando nos recursos financeiros, acentuando as formas de tutela), com vista à prossecução de

desses princípios, mas não aplicação da proporcionalidade – e, bem assim, da proporcionalidade e.s.e – tal como a perspetivamos neste trabalho.

¹⁸³⁴ Embora não a estudemos aqui, pode dizer-se que essa é a intenção também da aplicação da proibição do excesso no domínio da atividade administrativa. V., por todos, **Freitas do Amaral**, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, pp. 127 ss.

¹⁸³⁵ V., por todos, **Heusch**, *Der Grundsatz...*, cit.; **Schlink**, «Proportionality in Constitutional Law...», p. 297.

interesses públicos por ele considerados prevalentes (por exemplo, o interesse da consolidação das finanças públicas), está sujeita ao parâmetro da proibição do excesso¹⁸³⁶.

Do mesmo modo, a consideração das relações entre o ordenamento nacional e o Direito da União Europeia não afeta substancialmente o critério. Como vimos no local próprio, o legislador nacional pode produzir normas que restrinjam as chamadas liberdades fundamentais protegidas pelo Direito da União se para isso houver razões imperativas de interesse geral. Nesse contexto tem de respeitar o princípio da proporcionalidade na versão europeia¹⁸³⁷.

Todavia, admite-se que o critério proposto tenha de sofrer ligeiros ajustamentos. Apesar de a doutrina dominante continuar a dar como adquirida a diferença entre bens, interesses ou valores não subjetivados ("interesses públicos") e subjetivados ("direitos fundamentais"), não se pode tapar os olhos ao sensível esboroamento das fronteiras¹⁸³⁸ e ao surgimento de figuras atípicas onde o *espírito* da obstaculização do excesso faz igualmente sentido.

Atentemos nos bens, interesses ou valores da saúde pública, do urbanismo, do ordenamento do território, da qualidade de vida, do património cultural e dos bens do Estado. Trata-se de bens, interesses ou valores que integram a categoria dos interesses públicos (sem embargo de serem daqueles que mais seriamente desafiam a consistência da disjunção entre interesses públicos e direitos fundamentais), podendo suceder que o legislador os afete em nome da satisfação de outros interesses públicos. Ora, a ordem jurídica, embora não os subjetive, reconhece a sua textura própria. Por isso, atribui a uma parcela da comunidade, ou a instituições da comunidade, direito de ação popular (cfr. artigo 52.º, n.º 3, da Constituição e artigo

¹⁸³⁶ A jurisprudência constitucional portuguesa oferece casos que poderiam ser bons exemplos destas situações, como aqueles em que está em causa a fixação de limites quantitativos às transferências do Estado para as Regiões Autónomas ou para o endividamento destas (cfr. acórdãos n.ºs 532/00 e 567/04). Esses limites são estabelecidos pelas normas de enquadramento orçamental para salvaguardar a economia e as finanças do todo nacional, limitando a autonomia financeira e patrimonial das Regiões. No entanto, essas são situações em que o Tribunal limita drasticamente o alcance do seu juízo de proporcionalidade ou confessa-se impotente para o fazer (cfr. *supra*, capítulo 5), pelo que daí não se podem tirar conclusões gerais sobre a aplicabilidade da proibição do excesso no contexto desse tipo de colisões.

¹⁸³⁷ Cfr. *supra*, capítulo 2, para as relações entre princípio da proporcionalidade na versão europeia e na versão nacional.

¹⁸³⁸ V. a vigorosa refutação da oposição entre as duas categorias feita por **Muzny**, *La technique de proportionnalité...*, pp. 322 ss., considerando-a puramente "ideológica".

9.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos), conferindo-lhes funções de tutores de interesses objetivos. O legislador subentende que, sem embargo de não haver estrutura de posição jurídica subjetiva *proprio sensu*, há uma vantagem subjetivamente contabilizável¹⁸³⁹. Atendendo a esta última propriedade, a situação não é exatamente assimilável mas acaba por não se distanciar muito da que é típica da proibição do excesso (interesse público vs. posições jurídicas subjetivas ativas).

Outra situação, mais uma vez relacionada com o referido esboroamento, é a dos casos em que o legislador não prossegue específicos e visíveis interesses públicos, ou pelo menos não os prossegue em primeira linha, antes pretendendo promover determinadas posições jurídicas subjetivas privadas sem consagração constitucional. Admitindo que isso é possível (o que será, porventura, controvertido), o eventual sacrifício de posições jurídicas subjetivas fundamentais não pode deixar de estar sujeito a uma (potente, dir-se-á) modalidade da proibição do excesso.

Como se pode verificar, qualquer uma destas duas hipóteses, particularmente a última, são excecionais e até talvez refutáveis. A sua capacidade de obnubilar a ideia inicial de que a proibição do excesso é aplicável sobretudo nas situações em que o legislador promove interesses públicos afetando posições jusfundamentais é reduzida.

Impõe-se aqui regressar a alguns conceitos enunciados inicialmente.

Referimos que em relação aos bens, interesses ou valores beneficiados por efeitos positivos se pode utilizar a expressão *lado ativo*, enquanto em relação aos bens, interesses ou valores atingidos por efeitos negativos, é apropriada a expressão *lado passivo*¹⁸⁴⁰. Pode agora acrescentar-se que o lado ativo é primordialmente ocupado

¹⁸³⁹ As propostas de enquadramento doutrinal destas situações variam. **Bidart Campos**, *Teoría General de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pp. 143 ss., elabora em torno dos "direitos por analogia", os quais não se confundem com os direitos de natureza análoga do artigo 17.º da CRP. Nos direitos por analogia de **Bidart Campos**, não existiria uma relação de alteridade entre um sujeito passivo e um sujeito ativo. O Estado teria uma obrigação de fazer, mas a essa obrigação não corresponderia uma posição jurídica do lado ativo. Saliente-se que o âmbito de aplicação da tese parece abranger os chamados direitos sociais, posição que não é compartilhada no texto. De "interesses difusos" fala **Miranda, Manual...**, IV, 2.ª ed., pp. 65 e ss.

¹⁸⁴⁰ Numa expressão igualmente sugestiva, também se pode falar de posição de defesa e de posição de ataque (**Alexy** refere-se, em «Die Gewichtsformel», trad. castelhana, «La fórmula del peso», *cit.*, p. 38, a força de defesa e força de ataque).

por interesses públicos, enquanto o lado passivo é ocupado essencialmente por posições jurídicas jusfundamentais.

Treze

COLISÃO DE DIFERENTES POSIÇÕES DO LEGISLADOR

1. Insuficiência do critério do tipo de colisão de bens, interesses ou valores

Do capítulo anterior decorre que as colisões normativas que delimitam a aplicabilidade da proibição do excesso são as colisões parcial-parcial entre bens, interesses ou valores objetivos ou públicos e bens, interesses ou valores tutelados através de posições jusfundamentais.

Num contexto doutrinal e dogmático em que a proibição do excesso fosse o único instrumento de harmonização conhecido e em que fosse concebível que se pudesse usar quase sem restrição em todo o tipo de colisões, o exercício do capítulo anterior e a adesão a uma das orientações enunciadas seria suficiente para delimitar as circunstâncias em que a proibição do excesso se aplica e aquelas em que não se aplica. Contudo, o cruzamento entre a realidade constitucional e a constituição *prima facie* gerou tipos de colisões dificilmente reconduzíveis às que no passado eram as mais frequentes. Por outro lado, tomou-se consciência das dificuldades de adaptação da estrutura da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso mesmo a certas colisões clássicas. Em reação, foram construídos outros instrumentos alternativos de harmonização.

Para distinguir as ocorrências em que se aplica a proibição do excesso e as ocorrências em que se aplicam esses outros instrumentos de harmonização, não basta o critério dos bens, interesses ou valores pragmaticamente colidentes. Essencial é o critério que atende à posição deonticamente definida do legislador face à satisfação ou interferência nos bens, interesses ou valores colidentes. A circunstância de não se atender ao modo deontico da estatuição das normas que estabelecem as condutas que o legislador pode ou deve adotar na resolução das

colisões de bens, interesses ou valores tem consequências teóricas e dogmáticas e provoca disfunções relevantes. Já o antecipámos a propósito da jurisprudência do Tribunal Constitucional. Importa, portanto, estudar o que sucede quando há uma *colisão de posições do legislador* perante uma colisão de bens, interesses ou valores pragmaticamente irrealizáveis em simultâneo.

Estamos perante colisões normativas *unipessoais*, isto é, colisões que envolvem posições do mesmo agente, no caso o legislador¹⁸⁴¹. Estas colisões de posições do legislador tanto podem ser *uninormativas* como *plurinormativas*, isto é, colisões de posição-tipo idênticas e colisões de posição-tipo diferentes¹⁸⁴². As segundas são mais frequentes, mas as primeiras também se verificam com alguma regularidade. Para efeitos de delimitação das colisões que desencadeiam a aplicação da proibição do excesso, teremos em conta o modo como as posições do legislador face a bens, interesses ou valores, tutelados por uma só norma ou por normas distintas, podem colidir, em função da estrutura deôntica da(s) norma(s) que enquadram a(s) sua(s) conduta(s). Torna-se aqui escusado retomar a exposição anteriormente feita sobre os modos deônticos (obrigação, proibição, permissão) e sobre a respetiva intercambialidade¹⁸⁴³.

¹⁸⁴¹ Sobre a distinção entre colisões normativas *unipessoais* e *interpessoais*, isto é, as colisões que envolvem posições do mesmo agente ou posições de agentes diferentes, v. **Veloso**, «Concurso...», p. 222.

¹⁸⁴² *Idem*.

¹⁸⁴³ Como se expôs, esta intercambialidade é muitas vezes expressa através de operadores da lógica deôntica dos sistemas normativos. Sendo O para obrigação, Ph para proibição e P para permissão, *p* para conduta, \equiv para equivalente, \neg para negação:

$O p \equiv Ph \neg p \equiv \neg P \neg p$ (a obrigação de praticar *p* é equivalente à proibição de não praticar *p* e à não permissão de não praticar *p*)

$O \neg p \equiv Ph p \equiv \neg P p$ (a obrigação de não praticar *p* é equivalente à proibição de praticar *p* e à não permissão de praticar *p*)

$\neg O \neg p \equiv \neg Ph p \equiv P p$ (a não obrigação de não praticar *p* é equivalente à não proibição de praticar *p* e à permissão de praticar *p*)

$\neg O p \equiv \neg Ph \neg p \equiv P \neg p$ (a não obrigação de praticar *p* é equivalente à não proibição de não praticar *p* e à permissão de não praticar *p*).

2. A identificação dos instrumentos de harmonização aplicáveis de acordo com o critério do tipo de colisão de posições jurídicas do legislador tendo em conta a estrutura deôntica das normas que definem a sua conduta

Quando exista uma colisão normativa que envolva de um dos "lados" bens, interesses ou valores objeto de uma proibição absoluta de promoção ou interferência, essa colisão não é resolvida através de harmonização. Nesse cenário, há outros mecanismos de resolução da colisão, designadamente através do emprego de regras de precedência, tal como mostrado acima¹⁸⁴⁴.

Ao invés, é à harmonização que se apela quando se trata de resolver outras colisões entre bens, interesses ou valores e entre posições do legislador em relação a tais bens, interesses ou valores. O primeiro tipo de colisões e o modo como funcionam como pressuposto de aplicabilidade da proibição do excesso foi tema do capítulo anterior. Aqui cuidamos do segundo tipo de colisões: as colisões de posições do legislador resultantes da ação cruzada de normas com *estrutura deôntica diferente* ou com *estrutura deôntica similar* que geram no caso uma colisão.

São colisões resultantes da ação cruzada de normas com estrutura deôntica diferente as colisões entre: (i) uma permissão *prima facie* de ação positiva e uma obrigação *prima facie* de abstenção; (ii) uma obrigação *prima facie* de ação e uma obrigação *prima facie* de abstenção; (iii) uma obrigação *prima facie* de ação e uma permissão *prima facie* de abstenção. São colisões resultantes da ação cruzada de normas com estrutura deôntica similar as colisões entre: (iv) dois comandos *prima facie* de ação; (v) duas permissões *prima facie* de ação.

Em rigor, a última situação (duas permissões) remete para a liberdade plena de conformação do legislador, pelo que não requer nenhum instrumento de harmonização imperativo.

Do elenco não consta a colisão entre duas prescrições de abstenção (isto é, entre duas proibições de ação positiva), porque não é logicamente possível: duas abstenções de atos positivos são por natureza compatíveis. Também a obrigação *prima facie* de abstenção e a permissão *prima facie* de abstenção não é suscetível de gerar colisão.

¹⁸⁴⁴ Capítulo 10, 2.2.2.

Por não atenderem ao critério da estrutura deontica das normas que delimitam os comportamentos do legislador, as estratégias dominantes da doutrina convivem intranquilamente com uma circunstância dogmaticamente evidente: a estrutura da proibição do excesso adapta-se bem a algumas daquelas colisões, mas custa a adaptar-se às demais. Por exemplo, parece fácil intuir que um instrumento estruturalmente concebido para evitar que o legislador cometa excessos se adapta perfeitamente às situações em que o legislador emite uma norma ao abrigo de uma permissão *prima facie* de ação que colide com uma obrigação *prima facie* de abstenção (ou proibição *prima facie* de ação). Mas já se adapta sofrivelmente (se é que se adapta de todo) às situações em que o legislador produz normas que visam promover bens, interesses ou valores colidentes objeto de duas prescrições *prima facie* de ação. Dizer que, nessas circunstâncias, o que pende sobre o legislador é uma proibição de se exceder no cumprimento coordenado dos dois deveres positivos colidentes é um contrassenso.

Estas situações não esgotam todas as hipóteses possíveis, mas são o bastante para alicerçar uma nota cética sobre a plausibilidade de todas elas estarem sujeitas *ao mesmo instrumento* de mediação ou parâmetro da produção (ou do controlo) da norma que vise superar a colisão.

Consequentemente, para que os instrumentos de harmonização aplicáveis a cada colisão não sejam disfuncionais, é necessário que a sua estrutura condiga com cada classe de colisões, ordenadas de acordo com as estruturas deonticas das normas que definem a posição do legislador perante os bens, interesses ou valores colidentes. É crucial ter em conta que, nas classes de colisões abstratamente concebíveis, a posição do Estado varia significativamente em função da estrutura deontica da norma que enquadra a sua ação.

Os critérios propostos são os que se seguem.

O instrumento de mediação da *proibição do excesso* é especificamente aplicável em situações onde há colisão entre uma permissão *prima facie* de ação de promoção de bens, interesses ou valores e uma obrigação *prima facie* de abstenção de interferência em bens, interesses ou valores. Neste caso, a ordem jurídica exige o respeito de um parâmetro que visa obstar a que o legislador use a sua permissão de agir *sacrificando excessivamente* os bens, interesses ou valores cobertos pelo dever de abstenção.

A título excecional, proporemos que a proibição do excesso seja também aplicável em alguns casos, materialmente delimitados, de colisão entre uma obrigação *prima facie* de ação positiva e um dever *prima facie* de abstenção.

Sem embargo da exceção acabada de enunciar, a colisão entre (i) dois deveres constitucionais *prima facie* do legislador, tipicamente um dever de ação e um dever de abstenção, ou (ii) dois deveres constitucionais de ação, ou (iii) um dever de ação e a permissão da promoção de um bem, interesse ou valor que não é objeto de nenhum dever constitucional, caem, em regra, no foro da *proibição do defeito*¹⁸⁴⁵.

Por seu turno, a *proporcionalidade equitativa* é aplicável a colisões em que se verifique a sobreposição cruzada e multipolar de deveres *prima facie* de ação e deveres *prima facie* de abstenção do legislador que não fundamentam pretensões subjetivas de preferência *prima facie*, alicerçadas na lei ou na constituição¹⁸⁴⁶.

A proibição do excesso, a proibição do defeito e a proporcionalidade equitativa, juntamente com a *proporcionalidade retributiva*, são ramificações da proporcionalidade em sentido moderno. A proporcionalidade retributiva é aplicável em situações de colisão entre o interesse de sancionar de acordo com a dimensão e tipo do dano infligido pelos atos e a culpa dos agentes (e, eventualmente, outros fins)e os bens, interesses ou valores subjetivos dos infratores¹⁸⁴⁷. Porém, a proporcionalidade retributiva ou da retribuição não importa diretamente para a atividade do legislador, mas para a atividade do aplicador da norma jurídico-sancionatória.

A *proporcionalidade quantitativa*, também versada no momento próprio, não é um instrumento de harmonização no sentido aqui acolhido, pelo que não deve ser incluída no grupo de instrumentos que se abrigam sob a proporcionalidade em sentido moderno.

Pode perguntar-se: quando a análise da colisão de bens, interesses ou valores e da colisão de posições do legislador não permitir ultrapassar dúvidas sobre qual dos instrumentos de mediação é aplicável, como superar um eventual impasse? A resposta é a seguinte: em caso de dúvida sobre qual dos testes é aplicável, aplica-se

¹⁸⁴⁵ V. *infra*, capítulo 21.

¹⁸⁴⁶ V. *infra*, capítulo 23.

¹⁸⁴⁷ V. *infra*, capítulo 22. Aí especificaremos a noção de proporcionalidade retributiva mitigada.

a proibição do excesso, pela sua condição de teste inicial de que se foram autonomizando progressivamente os outros, sendo, por isso, o mais consolidado e o mais familiar à doutrina e à jurisprudência, além de ser o que permite *prima facie* um controlo judicial mais intenso.

3. Especificação das colisões a que se aplica a proibição do excesso, tendo em conta a posição do legislador perante a colisão e os bens, interesses ou valores em causa

Recapitula-se: o instrumento de mediação proibição do excesso é primacialmente aplicável em situações em que a relação entre as normas constitucionais (ou internacionais ou supranacionais) configura uma colisão entre uma permissão *prima facie* de ação e uma obrigação *prima facie* de abstenção.

Conjugando agora os critérios traçados no capítulo anterior (bens, interesses ou valores colidentes) e neste (posições do legislador face à colisão, de acordo com o modo deontico da norma que rege a sua conduta), há quatro tipos de colisões abarcadas:

- (i) entre um interesse público a que o legislador não está especificamente obrigado pela constituição, mas cuja prossecução é permitida por esta e é objeto da sua preferência *prima facie* a título principal ou secundário¹⁸⁴⁸, e uma posição jurídica subjetiva coberta por uma norma de direito fundamental que prescreve a obrigação *prima facie* de abstenção de interferência do legislador¹⁸⁴⁹;

¹⁸⁴⁸ Equivale isto a dizer que, mesmo que haja dúvidas sobre se a prossecução do fim de interesse público ou coletivo é a principal entre vários fins prosseguidos, é aplicável o princípio da proibição do excesso. V. um exemplo claro no acórdão n.º 159/07, do TC, incidente sobre a norma que permite a remição do arrendamento rural, isto é, a transição forçada da propriedade de raiz da terra para o rendeiro. O Tribunal admitiu a limitação de um direito (de propriedade) de um sujeito privado (senhorio) para benefício de outro (o rendeiro), permitindo a este que se torne o dono da terra. Todavia, a prevalência atribuída pelo legislador à posição do segundo, permitindo a remição, era sustentada também por fins de natureza económica e social (artºs 9.º, d), 93.º e 98.º). Isto é, não se tratava apenas de atribuir prevalência a uma posição subjetiva sobre outra posição subjetiva, sem que a Constituição estabeleça qualquer indicação de que uma deve prevalecer ou ser protegida, mas de satisfazer também *interesses objetivos*. V., também, o acórdão n.º 205/00.

¹⁸⁴⁹ A conceção que admite uma colisão entre interesse público e direitos é normalmente entendida como adquirida, mas existem atraentes doutrinas que sustentam que o interesse público não pode colidir com os direitos uma vez que os direitos são parte constitutiva do interesse público.

(ii) entre um interesse público a que o legislador não está especificamente obrigado pela constituição, mas cuja prossecução é permitida e é objeto da sua preferência *prima facie*, e uma obrigação de abstenção de interferência em direitos das regiões autónomas ou de não afetação de posições jurídicas autónomas "adquiridas" das autarquias;

(iii) entre um interesse público a que o legislador não está especificamente obrigado pela constituição, mas cuja prossecução é permitida e é objeto de uma sua preferência *prima facie*, e outro interesse público constitucionalmente protegido, a propósito do qual a ordem jurídica reconhece a uma parcela da comunidade, ou a organizações representativas, legitimidade (designadamente processual) para a sua defesa, tendo em conta a sua incidência ou uma relação qualificada¹⁸⁵⁰;

(iv) entre objetivos legítimos compatíveis com os Tratados da UE¹⁸⁵¹, justificados por razões imperativas de interesse geral¹⁸⁵², prosseguidos pelo legislador nacional e as liberdades fundamentais garantidas pelo Direito da União ou, numa perspetiva institucional, os interesses e as finalidades decorrentes da estruturação do mercado interno da União¹⁸⁵³.

A este elenco de quatro, acresce um quinto item respeitante à colisão:

(v) entre um interesse público que o legislador deve prosseguir, não existindo, porém, um verdadeiro dever *específico* de emissão de normas legislativas, e uma das situações referidas nas segundas partes das alíneas anteriores.

¹⁸⁵⁰ Revejam-se os acima citados artigos 52.º, n.º 3, da CRP e 9.º, n.º 2, do Código de Processo dos Tribunais Administrativos.

¹⁸⁵¹ Nesta designação abrangente incluímos todos os tratados intergovernamentais, mesmo aqueles que não são subscritos por todos os Estados-membros, como o chamado Tratado orçamental. Deles decorrem não apenas deveres de não interferência em bens, interesses ou valores europeus - por exemplo, os pilares do mercado interno -, mas também deveres respeitantes às políticas nacionais, como os que se referem ao equilíbrio orçamental ou aos objetivos de contenção da dívida pública. Ou seja, deles decorrem deveres de omissão ou de ação. Do ponto de vista dogmático, nestes casos pode aplicar-se a proibição do defeito - quando esses deveres conflituarem com outros deveres do legislador - ou a proibição do excesso - quando esses deveres conflituarem com a livre prossecução de outros fins pretendidos pelo legislador, não obrigatórios do ponto de vista constitucional.

¹⁸⁵² Recorre-se a uma formulação que consta do acórdão do Tribunal de Justiça da UE *Futura Participations* (1997), § 26.

¹⁸⁵³ Por exemplo, a luta contra a fraude e a evasão fiscal, ou o reforço dos controlos fiscais: v., por todos, **Nogueira, *Direito Fiscal...***, pp. 255 ss.

A aplicação estrita dos critérios apontados inicialmente levaria à aplicação da proibição do defeito a esta quinta situação. Todavia, o grau de abstração dos bens, interesses ou valores em causa obsta a que se possa falar de deveres específicos de legiferação (por isso os designamos deveres *prima facie enfraquecidos*). Por outro lado, a sua textura aproxima-os mais dos bens, interesses ou valores que o legislador escolhe livremente prosseguir do que dos bens, interesses ou valores que são objeto de um dever específico de legiferação. Por isso, é defensável que as normas legislativas que visem a prossecução destes bens, interesses ou valores fiquem sujeitas à proibição do excesso e não à proibição do defeito, se essa prossecução implicar o não cumprimento de deveres de abstenção de interferência em posições jurídicas subjetivas ou subjetivadas do tipo das enunciadas em (i), (ii), (iii) e (iv).

No capítulo anterior referimos uma situação concebível do ponto teórico, embora eventualmente discutível e certamente de difícil ilustração. Trata-se da colisão:

(vi) entre um bem, interesse ou valor não tutelado diretamente pela constituição, e uma posição jurídica subjetiva coberta por uma norma de direito fundamental que obriga *prima facie* à abstenção de interferência do legislador¹⁸⁵⁴.

Trata-se da situação em que o legislador encontra razões suficientemente ponderosas para superar as razões que sustentam a proibição *prima facie* de interferir em direitos fundamentais com fundamento em bens, interesses ou valores sem tutela constitucional. Ora, nem todas as possibilidades em que se desdobra esta hipótese de colisão cabem plenamente no critério geral acima proposto: o bem, interesse ou valor promovido pelo legislador pode ser uma posição jurídica subjetiva (não tutelada diretamente pela constituição) e não um interesse público. Todavia, do ponto de vista estrutural, a situação aproxima-se mais das que estão sujeitas à proibição do excesso, de acordo com o critério apresentado, do que das que estão sujeitas a outros instrumentos mediadores de harmonização. Também nela o legislador pretende promover certos bens, interesses ou valores a cuja prossecução não está adstrito à custa de outros bens, interesses ou valores a

¹⁸⁵⁴ Admitindo a limitação de direitos fundamentais com vista à salvaguarda ou proteção de direitos sem consagração constitucional (embora estes partam com um peso relativo mais reduzido), **Barak, *Proportionality*...**, p. 263. V., também, **P. Sieghart, *The International Law of Human Rights***, Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 103; **Schyff, *Limitation of Rights: A Study*...**, p. 255.

propósito dos quais existe uma obrigação de abstenção. Por isso se admite a sua sujeição à proibição do excesso.

Quatro notas finais a propósito deste elenco de situações.

A primeira, para sublinhar que na lista não se inscreve nenhuma situação em que estejam em colisão dois interesses públicos *livremente* prosseguidos (ou não) pelo legislador. Uma orientação extremamente ampliativa do âmbito de aplicação da proibição do excesso poderia admitir a hipótese de esta ser aplicável ao conflito entre *qualquer tipo de interesses*, incluindo *só* interesses públicos gerais, sem qualquer subjetivação imediata e mesmo que esses interesses públicos sejam livremente adotados pelo legislador, isto é, nos casos em que a constituição funciona como simples limite negativo. Todavia, o princípio da proibição do excesso não tem de ser chamado a mediar o sacrifício de interesses gerais em prol de outros interesses gerais. A ponderação que isso exige não se confunde com a inerente ao princípio da proibição do excesso. Porventura o autor do ato procurará a harmonização, mas será uma harmonização vinculada a critérios económico-prudenciais ou políticos e não a critérios jurídicos. Não terá de subsumir ou reportar a decisão a um quadro jurídico previamente determinado (mesmo que escassamente determinado ou densificado), antes escolhe uma linha de conduta que possa vir a potenciar proventos máximos no plano da pura avaliação das *performances* políticas do decisor.

A segunda, para realçar que não se inclui nada sobre o exercício do poder constituinte. A questão da aplicabilidade da proibição do excesso ao exercício do poder constituinte, originário ou derivado, convoca alguns dos debates mais complexos da teoria do direito. Um deles é o de saber se (i) toda a *criação* de direito envolve necessariamente aplicação de parâmetros normativos pré-existentes e se toda a *aplicação* envolve (ou consente) necessariamente criação; ou se (ii) há instâncias de aplicação que não envolvem criação, ou instâncias de criação originária que não estão referenciadas a nenhuma vinculação jurídica pré-existente, positiva ou supra positiva, como poderia ser o caso do exercício daquele poder constituinte, especialmente o originário. Neste segundo caso, a aplicabilidade da proibição do excesso estaria liminarmente excluída, na medida em que tem como pressuposto a possibilidade de referência a um quadro normativo pré dado. No

primeiro caso, a aplicação da proibição do excesso poderia aceitar-se, porventura com fundamento supra positivo.

Ora, não há dúvida que o legislador constituinte é obrigado a atribuir peso a vários bens, interesses ou valores eventualmente colidentes e a contrapesá-los, conferindo a uns prevalência sobre outros. A decisão constituinte pressupõe a realização de ponderações, ainda que ponderações em abstrato (que alguns considerarão impossíveis ou atípicas¹⁸⁵⁵). Mas mesmo que assim se conceba, isso não significa a aplicabilidade da proibição do excesso nesse nível de colisões entre bens, interesses ou valores. Nesta ponderação atípica, onde a *escolha* autodeterminada do legislador constituinte sobressai e onde as exigências de racionalidade da decisão são medidas mais por fatores políticos e filosófico-ideológicos, não faz sentido falar de adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e. do "meio" - a norma constitucional - projetado para atingir um certo fim.

A terceira nota é para sublinhar que a orientação proposta responde a uma questão que por vezes se coloca: pode uma omissão de normação – designadamente de legislação – cair sob o crivo da proibição do excesso? Isto é, pode uma omissão legislativa, uma ausência total ou parcial de normas legislativas, suscitar a aplicação da proibição do excesso? Se houver uma imposição constitucional donde resulte o dever do legislador emitir atos concretizadores, dentro de certas diretivas materiais, mantendo contudo alguma liberdade de conformação e de recurso ao conceito de “reserva do possível”¹⁸⁵⁶, será viável a figura da “*omissão inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso*”?

A questão não é meramente teórica. Parece ser ponto assente que na maioria das imposições constitucionais (se não em todas), embora a autoridade normativa – em especial o legislador – não tenha em absoluto liberdade para decidir se produz as normas concretizadoras da norma constitucional dirigente e sobre *o que* recaem essas normas, ela tem liberdade parcial para definir *como* dar sequência à

¹⁸⁵⁵ Há quem defenda que a ponderação em sentido próprio *é sempre entre alternativas concretas* e nunca entre valores abstratos. Quanto a valores abstratos pode-se admitir apenas uma comparação abstrata e não uma verdadeira ponderação: cfr. **Virgílio Afonso da Silva**, «Comparing the Incommensurable...», p. 286. Todavia, rejeitar em absoluto que se esteja ainda perante uma fórmula de ponderação, ainda que atípica, é injustificado.

¹⁸⁵⁶ A expressão é também de **Canotilho, Direito...**, 7.^a ed., p. 481, por exemplo.

imposição¹⁸⁵⁷, e tem pelo menos margem para definir o *quando* (a não ser que haja um prazo específico na constituição). A liberdade de conformação do *quando* e do *como* está vinculada a considerações de política, onde a constituição funciona primordialmente como limite e só subsidiariamente como fundamento material. Ora, havendo apesar de tudo essa margem, a declaração de inconstitucionalidade por omissão apenas com base na não emissão da medida legislativa pode não ser viável. Poderá, todavia, invocar-se a inconstitucionalidade por violação da proibição do excesso? A resposta que decorre da orientação proposta é negativa¹⁸⁵⁸. Esse é antes um campo de jurisdição de outro instrumento harmonizador, o *princípio da proibição do defeito*, conforme o critério já apontado e a explicação ulterior. A proibição do excesso é estruturalmente inapta para parametrizar omissões, não importa se totais ou parciais.

Finalmente, a quarta nota serve para assinalar que a circunstância de haver vários instrumentos de mediação de harmonização obriga a que o legislador (e o juiz constitucional, na fase de controlo) qualifique o tipo de colisão sobre a qual a norma incide, de modo a definir o instrumento concretamente aplicável.

4. Conclusão sobre os pressupostos de aplicabilidade

Sintetizemos agora os aspetos mais proeminentes respeitantes aos pressupostos de aplicabilidade da proibição do excesso apurados nos capítulos anteriores: a proibição do excesso como parâmetro da ação do legislador é aplicável à produção de normas legislativas harmonizadoras de interesses públicos que possam ser legitimamente prosseguidos e posições subjetivas jusfundamentais colidentes, quando se verifique colisão normativa parcial-parcial entre a permissão de satisfação dos primeiros e a proibição de interferência nos segundos, desde que isso não implique a afetação de núcleo essencial de posição subjetiva jusfundamental e sejam empregues meios não absolutamente proibidos.

¹⁸⁵⁷ Canotilho, *Constituição dirigente...*, p. 316.

¹⁸⁵⁸ Neste sentido, Novais, *Direitos sociais...*, p. 298; Sampaio, *O controlo...*, p. 581. V. porém, diferentemente Barak, *Proportionality...*, p. 400. Por seu turno, Morais, *Curso...*, II, 2, p. 683, *passim*, admite aparentemente a aplicabilidade da proibição do excesso, embora a título meramente subsidiário e não obrigatório.

Catorze

ESTRUTURA E FUNÇÕES DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO COMO NORMA DE AÇÃO

1. Estrutura

1.1. As limitações à adoção de um modelo cumulativo

O princípio da proibição do excesso reporta-se aos efeitos da norma jurídica, positivos e negativos, jurídicos e materiais, sob várias perspectivas relacionais. As relações que interessam à proibição do excesso são as que se travam entre (i) meios e fins, (ii) alternativas de meios e (iii) efeitos positivos e efeitos negativos da norma. A ideia geral unificadora é que as relações entre o meio escolhido, o fim e os meios alternativos e entre os efeitos positivos e negativos devem ter uma certa configuração¹⁸⁵⁹.

Adotamos uma orientação metodológica e estrutural que não é unanimemente aceite, mas é a mais seguida: a conformação do fim não é um elemento ou segmento estrutural do princípio da proibição do excesso, mas um dos seus pressupostos, quicá o mais crítico e o que suscita questões mais complexas; segmentos estruturais do princípio da proibição do excesso são os três a que temos aludido, adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e. Todavia, não pode ignorar-se a dialética interativa que se estabelece entre pressupostos – particularmente a conformação do fim – e os segmentos da proibição do excesso.

¹⁸⁵⁹ O que se escreve no texto vai além da tese “clássica” de que o princípio da proibição do excesso postula uma certa relação entre *meios* e *fins*. Esta tese tem sido, porém, objeto de críticas e de discussão de que fizemos eco *supra*, capítulo 8, e retomaremos adiante, particularmente a propósito da proporcionalidade e.s.e. V., por exemplo, **Jakobs, *Der Grundsatz...***, p. 97; **Hirschberg, *Der Grundsatz...***, pp. 45 ss.

Diferentemente do que sucede com a proibição do excesso como norma de controlo¹⁸⁶⁰, esta estrutura tripartida da proibição do excesso como norma de ação não parece suscitar objeções de maior.

O que suscita reservas é a ideia de um modelo aplicado por *etapas* e de acordo com uma *lógica cumulativa*¹⁸⁶¹.

Conforme vimos no capítulo dedicado ao desenvolvimento no espaço europeu¹⁸⁶², podemos distinguir dois modelos: o que funciona de acordo com uma *metódica cumulativa* e o que funciona de acordo com uma *metódica condensada*¹⁸⁶³.

O esquema *cumulativo* desenrola-se através de uma aplicação ou controlo passo a passo, sucessivo e prejudicial, dos vários segmentos, tendo o projeto de norma ou norma de superar cada uma das etapas; se uma das sucessivas etapas não for transposta, aquela decai de imediato, tornando-se desnecessária - embora não impossível ou sequer imprópria - a conclusão dos passos seguintes.

No esquema *condensado*, todos os aspetos são amalgamados e considerados num único passo e não sucessivamente, efetuando-se um juízo sobre a conformidade constitucional do projeto de norma ou da norma resultante da apreciação conjunta de todas as variáveis. Não se gera, em rigor, uma relação de prejudicialidade de umas variáveis em relação às outras.

Ora, ao invés do que se passa no ambiente do controlo jurisdicional, onde tanto é possível seguir um modelo condensado como um modelo cumulativo (e, na verdade, há exemplos dos dois casos), poderia pensar-se que a atividade do legislador se coaduna sobretudo com um modelo condensado, ou seja, um modelo que não distingue três momentos metodicamente diferentes.

Há dois fatores que alimentam essa percepção preliminar.

Primeiro, a circunstância de a aplicação/cumprimento da proibição do excesso não estar sujeita a uma tramitação específica, fixa e estabilizada no procedimento legislativo. No plano do recorte do procedimento que conduz à emissão do ato, em

¹⁸⁶⁰ V. *infra*, capítulo 19.

¹⁸⁶¹ Ou aditiva: cfr. **Réaume**, «Limitations...», p. 6.

¹⁸⁶² V. *supra*, capítulo 2.

¹⁸⁶³ Uma sugestão alternativa é a de **Christoffersen**, *Fair Balance: Proportionality...*, p. 71, que em vez de *metódica cumulativa* fala de *strict-vertical test* (ou proporcionalidade vertical) e em vez de *metódica condensada* fala de *flexible horizontal test* (ou proporcionalidade horizontal), notando que a primeira é praticada no Canadá e a segunda na África do Sul.

regra, não é possível identificar operações autónomas de verificação e certificação sucessiva do respeito *dos diversos* segmentos da proibição do excesso que distinga três momentos empírico-metodicamente diferentes. O gradual enraizamento e institucionalização *procedimental* do princípio da proibição do excesso pode talvez passar por aí, mas ainda não passa. Não pode deixar de se notar, porém, que já existam experiências mais ou menos incipientes de inscrição formal do princípio da proporcionalidade no procedimento legislativo, como é o caso do procedimento legislativo europeu.

Segundo, as características próprias do processo de atribuição/aquisição de conteúdo das normas legislativas. Na operação de autocontrolo que o redator de um ato legislativo desenvolve, consciente ou inconscientemente, quando se guia pelos critérios resultantes da proibição do excesso como norma de ação, será habitual (embora não inexorável) que não realize uma operação autónoma de seleção de um meio adequado a atingir um certo fim, para seguidamente verificar se é o menos interferente entre os igualmente capazes de atingir o fim e, finalmente, averiguar se é proporcional e.s.e., de acordo com o esquema fim → adequação → necessidade → proporcionalidade e.s.e. As características intrínsecas da deliberação prática de redação legislativa rejeitam a total linearidade. Haverá inevitavelmente uma metódica de “vai e vem”, de graduais aproximações e de sucessivos testes à luz dos vários segmentos, porventura sem consciência ou registo formal dos vários episódios desse “vai e vem”, nem dos “adquiridos” de cada um deles. Uma vez traçado o fim que se pretende atingir (com toda a possível instabilidade que referenciámos anteriormente¹⁸⁶⁴), começar-se-á, presumivelmente, por uma operação de seleção de soluções/meios previsivelmente adequados a esse fim. São avaliadas, simultânea ou consecutivamente, a intensidade de interferência de cada um, bem como a sua proporcionalidade e.s.e., com eventuais mudanças de curso e correções do próprio fim a atingir (quando não desistência), com novas aferições, eventualmente não intuídas, da adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e., avanços e recuos, argumentos e contra-argumentos, até que uma solução racionalmente fundada - não excessiva - tome forma. No desenvolvimento desta

¹⁸⁶⁴ V., também, **Ekins**, «Legislating...», pp. 345 ss.

metódica, confundir-se-ão e influenciar-se-ão mutuamente os argumentos atinentes à adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e.

Esta fertilização e influenciação cruzada entre argumentos inerentes aos vários segmentos da proibição do excesso, não tem sentido único fim → adequação → necessidade → proporcionalidade e.s.e. O processo de "*vai e vem*" pode implicar que o que se passa a propósito de cada um dos passos obrigue a avanços e a recuos¹⁸⁶⁵. Por exemplo, se se concluir que nenhuma medida é adequada para atingir o fim, pode suceder que haja a necessidade de o revisitar, para o reajustar, particularmente quanto à intensidade de satisfação. Ou se a intensidade de satisfação do fim visado não consegue justificar a intensidade de interferência concreta dos bens, interesses ou valores passivos (não é proporcional e.s.e.), pode ter de se recolocar a possibilidade de optar por alternativas que, à luz do segmento da necessidade, se mostrem menos interferentes naqueles bens, interesses e valores, embora também menos eficientes na promoção do fim.

Todavia, mesmo que estes argumentos apontem para um modelo tendencialmente condensado, não é inexorável que seja esse o modelo efetivamente aplicado. Por um lado, a continuação da impercetibilidade procedimental da proibição do excesso depende da forma como o procedimento legislativo estiver estruturado. Nada impede que esse procedimento seja construído de modo a tornar aplicável um modelo cumulativo.

Por outro lado, devem distinguir-se vários momentos do processo de "construção" da norma. A imagem que se deu nas linhas anteriores reflete sobretudo o que se passa quando ainda não há uma iniciativa e uma solução legislativa proposta consolidada e formalizada. É plausível que antes dessa formalização ocorra aquele movimento de "*vai e vem*" aparentemente desordenado e errático. Todavia, depois de ser formalizada uma iniciativa legislativa (na Assembleia da República, no Governo ou em qualquer órgão com poder legislativo) passa a haver uma "hipótese central", uma referência, um conteúdo sobre o qual quem vai exercer o poder de decisão final pode fazer uma apreciação individualizada e sucessiva dos vários segmentos da proibição do excesso. Nesse contexto, nada obsta a que se segmente - designadamente na discussão de especialidade - o *iter* decisório por forma a isolar

¹⁸⁶⁵ Pode, aliás, dizer-se que esta é uma característica comum da racionalidade prática. Sobre isso, **Sartor**, «The Logic of Proportionality...», p. 1422.

com clareza *um momento* de verificação dos pressupostos da aplicação, *outro* da apreciação da adequação, *outro* de avaliação da necessidade e *um outro* de aferição da proporcionalidade e.s.e.

Em qualquer caso, vigore uma metódica essencialmente condensada e de indistinção, como se verifica tendencialmente - mais no momento de redação inicial do que no momento de discussão e aprovação de uma iniciativa - ou uma metódica cumulativa, os critérios que decorrem dos segmentos da proibição do excesso como norma de ação condicionem constitutivamente o modo e o conteúdo da decisão legislativa.

Deixaremos para o momento em que estudarmos a amplitude dos poderes de controlo do juiz constitucional a questão da distribuição da carga funcional sobre cada um dos segmentos, porque é aí que a questão assume maior relevo e consequências¹⁸⁶⁶.

1.2. Cadeia de racionalidade, possível ausência de solidariedade interna

Coisa diferente de saber se a aplicação da proibição do excesso pelo legislador está sujeita a um processo ritualizado, por etapas e cumulativo, é saber se o legislador pode estar isento, ou prescindir, sem grave quebra da racionalidade, da observância de algum dos segmentos da proibição do excesso. Também esse tema da cadeia de racionalidade é explicável com maior clareza a propósito da proibição do excesso como norma de controlo. Para lá se remete¹⁸⁶⁷, na medida em que o que se concluir aí vale *mutatis mutandis* para a aplicação da proibição do excesso pelo legislador.

¹⁸⁶⁶ V. *infra*, capítulo 19.

¹⁸⁶⁷ *Idem*.

2. Funções

Na doutrina avultam duas funções gerais da proibição do excesso ou proporcionalidade clássica: (i) instrumento auxiliar ou estruturador da interpretação de normas jurídicas; (ii) instrumento de mediação e racionalização da produção e controlo de normas legislativas superadoras de colisões normativas. Por exemplo, BARAK (pensando sobretudo na proibição do excesso como parâmetro de controlo) distingue *interpretive balancing* e *constitutional balancing*, expressões que, com alguma liberdade, se podem traduzir como proporcionalidade interpretativa e proporcionalidade constitucional¹⁸⁶⁸. A primeira visa a determinação do sentido de uma norma, constitucional ou ordinária; a segunda é um parâmetro de constitucionalidade de normas. RÖHL destaca a proximidade entre a estrutura argumentativa da proporcionalidade e a interpretação teleológica^{1869/1870}.

O presente trabalho não se debruça - nem toma posição - sobre a proibição do excesso ou proporcionalidade clássica como instrumento de interpretação, concentrando-se exclusivamente nas suas funções de instrumento de mediação da deliberação legislativa harmonizadora em situações de colisão normativa, e de parâmetro do controlo jurisdicional de normas. Para o legislador, funciona como um comando a propósito da formação da lei, enquanto para o juiz funciona como instrumento e parâmetro de garantia e aplicação da lei (constitucional)¹⁸⁷¹. A vertente mediadora é mais proeminente na atividade legislativa, mas a vertente de (auto)-controlo não está ausente. A vertente de (hétero)-controlo é primacial na atividade de controlo, mas a vertente mediadora também não está ausente (e é tanto mais relevante quanto mais o juiz dispuser de competências autónomas de ponderação que se sobrepõem às do legislador).

Estas funções gerais materializam-se através de funções instrumentais: (i) funções estruturadoras; (ii) funções racionalizadoras e objetivadoras; (iii) funções

¹⁸⁶⁸ *Proportionality...*, pp. 75, 93.

¹⁸⁶⁹ *Allgemeine Rechtslehre: ein Lehrbuch*, C. Heymann, Köln, 1994, pp. 636 ss.

¹⁸⁷⁰ *Pirker, Proportionality...*, p. 42, salienta o mérito da "leitura da proporcionalidade pela lente da teoria interpretativa", isto é, como "método para ler normas".

¹⁸⁷¹ V. esta distinção, por exemplo, em *Kirchhof*, «Gleichmass.», p. 147.

constitutivas; (iv) funções de transparência; (v) funções de delimitação de competências.

Funções *estruturadoras*: a conformação do fim e outros pressupostos, bem como a aplicação dos segmentos da proibição do excesso, desempenham uma função de estruturação da construção e argumentação jurídica, oferecendo um quadro para a organização do processo de produção legislativa e de controlo; cada um dos segmentos estrutura ou contribui para a estruturação da operação de aplicação do segmento subsequente. Por outro lado, delineia o diálogo entre legislador e juiz constitucional: através da argumentação e justificação do modo como devem ser cumpridos os vários passos, o juiz constitucional "comunica" e "interage" com o legislador¹⁸⁷².

Funções *racionalizadoras e objetivadoras*¹⁸⁷³: a aplicação dos vários passos da proibição do excesso obriga a que as razões da medida legislativa sejam exaustivamente avaliadas, de forma não excludente de nenhum argumento, disciplinando o discurso argumentativo a favor e contra.

Funções *constitutivas*: a aplicação da proibição do excesso não se limita a *declarar*, desvendar ou ativar razões pré-existentes, a atualizar parâmetros previamente definidos ou a viabilizar medidas e opções de acordo com uma racionalidade predeterminante; comportando o processo deliberativo uma inevitável dimensão ou componente parcial de *escolha*, a proibição do excesso assiste também no exercício dessa componente.

Funções de *transparência*: a aplicação da proibição do excesso obriga a que o *iter* argumentativo e decisório, as razões, os fundamentos e as justificações, sejam mais

¹⁸⁷² Barak, *Proportionality...*, pp. 466-467. Em Portugal, este fluxo dialógico foi particularmente notório nos últimos anos, sendo público que o próprio legislador promove "balões de ensaio" ou "experiências" ou cria condições para que o TC se pronuncie sobre a validade de medidas (através dos "acórdãos da crise", em alguns casos promanados em processos de fiscalização preventiva da constitucionalidade suscitados pelo Presidente da República a "pedido" do Governo), para aferir até onde pode ir do ponto de vista constitucional, funcionando a proibição do excesso como um dos "idiomas" e fios condutores desse diálogo.

¹⁸⁷³ Barak, «Proportionality and Principled...», resumo, embora admita que a proporcionalidade não assegura objetividade total; *idem*, *Proportionality...*, p. 478. Em sentido diverso, Endicott, «Proportionality and Incommensurability», pp. 328 ss.

sistematicamente revelados e demonstrados¹⁸⁷⁴. A proibição do excesso é um mecanismo catalisador de *fact finding*¹⁸⁷⁵.

Funções de *delimitação de competências*: a metódica da proibição do excesso permite desvendar e expor com rigor quais as zonas de sobreposição e atrito entre as competências do legislador e as competências do juiz constitucional na sua própria aplicação, permitindo traçar as fronteiras, isto é, onde termina a liberdade de conformação do legislador e começa o poder jurisdicional do juiz¹⁸⁷⁶.

Todas estas funções, gerais e instrumentais, da proibição do excesso, confluem numa função global de *justificação e legitimação* da decisão do legislador e da decisão que o juiz constitucional adotar em relação a decisões do legislador. A proibição do excesso desempenha aquilo que PERELMAN apelidaria de papel persuasivo: é uma peça da argumentação jurídica votada a reforçar a capacidade de persuasão ou de convencimento dos destinatários de uma decisão¹⁸⁷⁷. Pode aditar-se, além disso, uma referência a uma função de *integração* da decisão no conjunto da ordem jurídica¹⁸⁷⁸.

Estas funções do princípio da proibição do excesso materializam-se através das funções desempenhadas pelos seus segmentos, que estudamos nos capítulos seguintes.

¹⁸⁷⁴ **Kirk**, «Constitutional Guarantees..», p. 20; **Jackson**, «Being Proportional...», p. 830; **Barak**, *Proportionality...*, p. 462. Crítico, **Endicott**, «Proportionality and Incommensurability», pp. 328 ss., no contexto da sua tese de que a aplicação da proporcionalidade pelos juízes se faz por *ser necessária* em situações de *ponderação do imponderável* ou de incomensurabilidade e não por introduzir objetividade ou transparência ou por implicar um acréscimo de racionalidade.

¹⁸⁷⁵ Além de se inscrever no contexto de uma função de transparência, a circunstância de a proibição do excesso ser um mecanismo catalisador do apuramento dos factos relevantes concorre ainda para uma função de diminuição do peso das componentes meramente políticas e subjetivas de uma decisão. Isto associa-se à *ratio* central da construção de **Beatty**, *The ultimate...*, debatida noutro ponto deste trabalho. V., também, **Cohen-Eliya / Porat**, «Proportionality...», p. 471.

¹⁸⁷⁶ Sobre esta dimensão funcional v., por exemplo, **Gardbaum**, «Proportionality...», pp. 259 ss.

¹⁸⁷⁷ **Perelman**, *Logique juridique...*, *cit.*; para uma adaptação à teoria da proibição do excesso, v., por todos, **Muzny**, *La Technique de proportionnalité...*, pp. 435 ss., esp. 516 ss.

¹⁸⁷⁸ **Moor**, «Système et principe de proportionnalité», p. 322; **Muzny**, *La Technique de proportionnalité...*, p. 517.

Quinze

ADEQUAÇÃO

1. Adequação como relação empírica causa/efeito

1.1. O juízo de adequação como juízo assente em apreciações empíricas

*Meio adequado é aquele intrinsecamente capaz de desencadear ou causar efeitos materiais positivos de promoção de bens, interesses ou valores visada pelo legislador*¹⁸⁷⁹. Adequação é a capacidade intrínseca do meio - a norma com os respetivos efeitos jurídicos - aproximar o fim visado pelo legislador: a produção ou desencadeamento de efeitos materiais positivos de satisfação de certos bens, interesses ou valores.

O segmento da adequação envolve juízos sobre as virtudes e aptidões intrínsecas da norma, formados na base de apreciações empírico-analíticas e técnico-finalísticas¹⁸⁸⁰ próprias de uma racionalidade cognitivo-instrumental e características da ciência, da técnica e da experiência. Se descontarmos as componentes de *qualificação* presentes em toda a atividade jurídica, a metódica da adequação envolve avaliações e apreciações da realidade de facto e juízos de

¹⁸⁷⁹ Na doutrina nacional v. **Novais, As restrições...**, p. 738; **Alexandrino, Direitos...**, p. 136. Não obstante diferentes formulações, o sentido geral é partilhado pela doutrina dominante: **Grabitz**, «Der Grundsatz...», pp. 571-572; **Schnapp**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 852; **Jakobs, Der Grundsatz...**, pp. 59 ss.; **Barnées**, «El principio de proporcionalidad...», p. 25; **Ávila, Teoria...**, 7ª ed., pp. 165 ss.; **Zoonil YI, Das Gebot der Verhältnismäßigkeit...**, p. 112; **Heusch, Der Grundsatz...**, p. 38; **Pirker, Proportionality...**, p. 26; **Šušnjar, Proportionality**, p. 237; salientando que o fim que interessa à aferição da adequação do meio é primacialmente o *imediato*, **Pulido, El principio de proporcionalidad...**, pp. 723 ss. Já se assinalou que em jurisdições e doutrina de raiz anglo-saxónica se fala normalmente de conexão racional (*rational connection*) entre meio e fim: v. **Barak, Proportionality...**, pp. 303 e ss.

¹⁸⁸⁰ **Castanheira Neves, Metodologia...**, p. 36.

prognose, isto é, operações exclusivamente empíricas¹⁸⁸¹. As valorações ou ponderações de bens, interesses ou valores são estranhas ao segmento da adequação¹⁸⁸².

1.2. Adequação como norma de ação e norma de controlo

A questão a que este segmento visa responder varia consoante a perspetiva seja a da proibição do excesso como norma de ação ou como norma de controlo.

1.2.1. Adequação como norma de ação

Na perspetiva da proibição do excesso como norma de ação, o segmento da adequação vincula o legislador a produzir normas adequadas. A questão que se coloca a este é a seguinte: é previsível que a medida legislativa em projeto seja intrinsecamente capaz de satisfazer ou aproximar a satisfação do fim imediato visado, tendo em conta a situação fáctica e jurídica contemporânea ao momento da decisão, tal como por ele representada e a prognose sobre a evolução das variáveis influenciáveis e não influenciáveis pela medida? Quando elabora e decreta disposições normativas, o legislador deve assegurar-se de que são construídas de modo a que delas se possam extrair as normas adequadas ao fim imediato que

¹⁸⁸¹ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 456. No texto toma-se posição (positiva) implícita em relação à controvérsia sobre se o legislador tem ou não o dever de fazer uma avaliação da situação de facto, embora ainda não sobre a amplitude desse dever. Sobre isso, cfr. **Schuppert**, «Gute Gesetzgebung», in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, n.º especial (2003), pp. 1 ss.; **Schwerdtfeger**, «Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht», in Stöder/Thieme (eds.), *Hamburg Deutschland Europa: Festschrift für Hans Peter Ipsen*, Mohr, Tübingen, 1977, pp. 177 ss.; **Šušnjar**, *Proportionality...*, pp. 132 ss.

¹⁸⁸² Já a visão de **Lerche**, *Übermaß...*, pp. 19 ss., sobre a proibição do excesso marcava bem a discrepância estrutural entre a adequação, por um lado, e a necessidade e a proporcionalidade e.s.e. (as únicas agrupadas sob o conceito de *Übermaß*), por outro. Cfr. também, **Borowski**, *La estructura...*, p. 57; **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 456; **Barak**, *Proportionality...*, p. 315; **Pulido**, *El principio de proporcionalidad...*, p. 746; **Heusch**, *Der Grundsatz...*, p. 39. Para acentuar estas vertentes da adequação há quem ache apropriado qualificá-la de *técnica* (adequação técnica): **Clérico**, *El examen...*

definiu¹⁸⁸³. À metódica do segmento da adequação importam os efeitos jurídicos e os efeitos materiais que a aplicação da norma for suscetível de gerar¹⁸⁸⁴.

Por exemplo, o legislador com vista a satisfazer o fim imediato do aumento da segurança e tranquilidade públicas emite normas que autorizam a instalação de vídeo vigilância. Essas normas produzem efeitos jurídicos de atribuição às autoridades relevantes de novos poderes para usar instrumentos tecnológicos que permitam controlar o que as pessoas fazem na via pública. Um juízo de prognose permite antecipar - ou uma apreciação da situação de facto contemporânea permite concluir - que a utilização desses instrumentos gera efeitos materiais de dissuasão e de diminuição das atividades ilícitas, embora produza também efeitos (jurídicos e materiais) negativos de diminuição da liberdade geral das pessoas. Na medida em que melhora a satisfação do fim, a norma é adequada.

1.2.2. Adequação como norma de controlo

Como norma de controlo, a proibição do excesso confere ao juiz o poder de ajuizar, *depois da prática do ato*, se a norma legislativa é (in)adequada. O tema será oportunamente desenvolvido, pelo que as indicações que se deixam por agora são meramente preliminares e condicionadas a aprofundamento posterior¹⁸⁸⁵. Nesse

¹⁸⁸³ A formulação do texto é obviamente uma síntese simplificadora do complexo sistema de interações entre os processos de cognição epistémica (isto é, de apreensão dos atributos do mundo fático) e os processos de cognição ou de razão prática (isto é, de estabelecimento dos fins a prosseguir e dos planos necessários para os alcançar), bem como sobre os vários estados cognitivos, epistémicos (percepções, crenças) e conativos (preferências, fins, intenções), comuns aos indivíduos e às entidades institucionais, como o legislador. Não podemos desenvolver essa temática. Sobre isso, v. **Sartor**, «A Sufficientist Approach...», pp. 20 ss.

¹⁸⁸⁴ No contexto da defesa da suficiência da conceção interpretativo-subsuntiva, **Amado**, «El juicio de ponderación...», p. 258, sustenta que a adequação não tem autonomia em relação à interpretação teleológica. Para que uma norma seja adequada para atingir o fim que visa basta que se proceda à necessária interpretação teleológica. A norma só não será adequada se a sua interpretação não atender (e não a adaptar) ao fim que visa. Porém, trata-se de uma conceção que força a interpretação além dos seus limites. Além disso, não estão apenas em causa os efeitos jurídicos da norma. Para o preenchimento da adequação pelo legislador e para a sua aferição pelo juiz constitucional não basta assegurar que a norma produz efeitos jurídicos capazes de satisfazer em alguma medida o fim imediato que o seu autor definiu. É necessário assegurar, mediante um juízo de prognose ou um juízo sobre a realidade de facto (quando a norma já for eficaz), que os efeitos jurídicos da norma são suscetíveis de gerar, ou geram, efeitos *materiais* positivos de satisfação dos bens, interesses ou valores em causa.

¹⁸⁸⁵ Capítulo 19.

momento verificaremos que a adequação como norma de controlo pode traduzir-se no poder do juiz constitucional de examinar *positivamente* se o meio é adequado ou no poder de examinar *negativamente* se ele é inadequado. Esse é um dos aspetos onde o alcance da adequação como norma de controlo pode divergir do alcance da adequação como norma de ação.

A pergunta que se coloca ao juiz constitucional varia em função da orientação que prevalecer sobre essa questão prévia do alcance da adequação como norma paramétrica de controlo. Se a formulação positiva prevalecer, a questão que lhe é colocada formula-se da seguinte forma: tem a norma capacidade intrínseca para atingir ou fomentar o fim fixado, tendo em conta as apreciações da situação de facto e de direito e a prognose representadas e invocadas pelo autor da medida como justificação ou razão de agir? Se prevalecer a formulação negativa, a questão é a seguinte: é a norma inábil para atingir ou fomentar o fim visado, tendo em conta as apreciações da situação de facto e de direito representadas e invocadas pelo autor da medida como justificação ou razão de agir e a sua prognose? A opção por uma ou outra destas formulações tem consequências de regime relevantes.

1.3. A adequação em caso de pluralidade de fins

Uma norma pode visar mais do que um fim. Em caso de pluralidade de fins, basta que a norma seja adequada para atingir pelo menos um deles, mesmo que não seja o mais importante ou prioritário. Sem embargo, esse objetivo pouco ambicioso pode salvar a norma em sede de juízo de adequação mas comprometê-la em sede de proporcionalidade e.s.e.: uma medida cuja eficácia se reduz à prossecução de um fim secundário entre vários visados poderá enfrentar dificuldades de justificação quando os seus efeitos positivos são contrapesados com os efeitos negativos.

1.4. Adequação e ótimo de Pareto

Se não houver adequação do meio, isto é, se a norma não suscitar a produção de efeitos materiais de promoção dos bens, interesses ou valores visados, produzindo

ou causando apenas efeitos negativos de interferência noutros (ou até naqueles) bens, interesses ou valores, não há *razão* para infligir estes efeitos negativos. O segmento da adequação expressa, pelo menos *parcialmente*, o ótimo de Pareto¹⁸⁸⁶. Quando inadequada, a medida legislativa viola o ótimo de Pareto, uma vez que, nesse caso, existe pelo menos uma opção - a não emissão dessa medida - que satisfaz melhor os bens, interesses ou valores que são objeto de interferência, sem piorar a situação daqueles que se pretende satisfazer. Olhando para a situação sob um prisma condensado, dir-se-á que a inadequação configura uma situação em que a emissão da medida concreta produz um *saldo* de realização ou satisfação de bens, interesses ou valores inferior ao que resulta da sua omissão. Veremos, no capítulo final, se o segmento da adequação materializa *integralmente* o ótimo de Pareto, como alguns autores pretendem¹⁸⁸⁷. Para tal seria necessário poder afirmar-se que quando uma medida é adequada - ou não inadequada - isso equivale a dizer que corresponde ao ótimo de Pareto, isto é, dizer-se que não existe nenhuma outra que, sem piorar a situação dos bens, interesses ou valores atingidos, possa satisfazer melhor os bens, interesses ou valores prosseguidos¹⁸⁸⁸.

1886 **Vilfredo Pareto**, *Manuel d'Economie Politique*, Manuale, Milano, 1907. **Rivers**, «Proportionality...», p. 198: "uma distribuição é eficiente ou *Pareto-optimal* se nenhuma outra distribuição pudesse satisfazer melhor uma pessoa sem piorar a situação de outra". **Mather**, «Law-making...», p. 356, propõe uma adaptação da lei de Pareto ao campo da produção do direito: se a regra 1 serve pelo menos um valor melhor que a regra 2 e não serve nenhum valor pior que a regra 2, deve escolher-se a regra 1. Veja-se, também, a noção de superioridade de Pareto (*Pareto Superiority*) proposta por **Sartor**, «The Logic of Proportionality...», p. 1439: "We say that choice A is Pareto superior to a choice B if there exists a value v_i such that the realisation-impact of A on v_i is higher than B's and there exists no value v_j such that the realisation-impact of B on v_j is higher than A's. In this case we also say that B is Pareto-inferior to A" (parecendo, contudo, que esta definição não é capaz de transmitir a ideia *agregativa* que subjaz ao pensamento do autor).

1887 **Alexy**, «Constitutional Rights...», p. 135; *Teoria...*, 2.^a ed., p. 525, na sua forma típica de expor: verificando-se inadequação, a medida tem de ser omitida, assegurando que os princípios colidentes *P1* e *P2* se realizem na sua maior medida, de acordo com as possibilidades fáticas. V., também, **Cohen-Eliya / Porat**, «Proportionality...», p. 464. **Sartor**, «The Logic of Proportionality...», p. 1448.

1888 **Pirker**, *Proportionality...*, p. 26, contestando a propriedade da associação entre adequação e ótimo de Pareto, justamente por considerar que não está em causa a capacidade de um meio para promover qualquer tipo de realização efetiva *ótima* de bens, interesses ou valores colidentes.

2. A densificação material da adequação

A densificação material do segmento da adequação processa-se através da resposta aos problemas essenciais suscitados pela metódica de aplicação desse segmento: (i) identificação precisa dos bens, interesses ou valores promovidos e afetados; (ii) significado e alcance da exigência de capacidade intrínseca da medida para atingir ou fomentar o fim visado; (iii) alcance da margem de escolha do autor do ato; (iv) estatuto epistémico exigível no que toca ao diagnóstico e às prognoses do autor do ato.

2.1. Identificação precisa dos bens, interesses ou valores ativos e passivos

Na fase da análise da adequação melhora-se a nitidez do recorte dos bens, interesses ou valores cuja colisão está em causa e quais os efeitos jurídicos e materiais, positivos e negativos, que se repercutem sobre eles. Esta operação tem uma função pré-estruturante dos demais segmentos da proibição do excesso. É nesse contexto que se procura evitar a "invasão" ou "usurpação" da metódica da proibição do excesso por bens, interesses ou valores públicos ou particulares espúrios, que não devem ser considerados¹⁸⁸⁹.

2.2. Capacidade intrínseca do meio para atingir o fim visado

2.2.1. Recorte negativo, recorte positivo

Num recorte *negativo*, a ideia de adequação exclui todos os meios que se revelem contraproducentes para, ou que dificultem, a satisfação do fim. E exclui também os

¹⁸⁸⁹ Sobre o assunto v., por todos, **Endicott**, «Proportionality and Incommensurability», pp. 329, ss., falando de patologias do princípio da proporcionalidade clássica decorrentes, justamente, da consideração de bens, interesses ou valores que não deveriam ser tomados em conta. O autor não fornece, porém, um critério preciso de exclusão/inclusão, remetendo-se à apreciação casuística de situações de *in/out*.

meios que se afigurem irrelevantes ou neutros em relação ao resultado pretendido¹⁸⁹⁰. Quer do ponto de vista da linguagem corrente, quer do ponto de vista da linguagem do direito, seria um manifesto contrassenso admitir que um meio insuscetível de contribuir para causar um certo resultado se pudesse considerar adequado a atingir esse resultado.

O recorte *positivo* é menos linear. Por um lado, um meio, instrumento, medida ou solução pode ser adequado em *abstrato*, mas não se revelar adequado em *concreto* e pode ser adequado em *geral* mas não em relação a certos particulares. Em princípio, isso não obsta à sua adequação quando está em causa uma norma, a não ser que seja possível antecipar com razoável nitidez a discrepância entre a eficiência abstrata e geral e a eficiência concreta e individual¹⁸⁹¹.

2.2.2. Recorte qualitativo ou quantitativo?

No início indicámos que adequação consiste na capacidade intrínseca do meio de aproximar o fim visado pelo legislador: a produção de efeitos materiais positivos de satisfação de certos bens, interesses ou valores. Esta definição é essencialmente *qualitativa*, na medida em que recorre ao conceito de *capacidade intrínseca* e não incorpora qualquer conceito de graduação da *eficiência*. Importa, contudo, averiguar se aquela definição inicial não deve ser corrigida de modo a passar a incorporar um elemento quantitativo. Essa averiguação exige que se percorra um trajeto que se inicia com o estudo das noções de intensidade de satisfação e de interferência (sem prejuízo do tratamento mais extenso que lhes dedicaremos no capítulo seguinte) e das operações intelectuais necessárias a determinar essas intensidades, continua com o estabelecimento da ligação entre intensidade de satisfação e eficiência do meio e termina com a discussão sobre se há um grau de eficiência exigível para que o meio possa ser considerado adequado ou se qualquer grau serve.

¹⁸⁹⁰ Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, p. 730.

¹⁸⁹¹ Merten, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 553; Clérico, «Sobre la prohibición...», pp. 175 e 179; Ávila, *Teoria...*, 7ª ed., p. 168; Nogueira, *Direito Fiscal...*, p. 102.

2.2.2.1. Intensidades de satisfação e de interferência

As noções de intensidade de satisfação e de interferência são vetoriais na metódica da proibição do excesso, em particular quando se trata de proceder à conformação do fim (que envolve a definição da intensidade de satisfação pretendida) e às operações de *comparação*, específica da necessidade, e de *contrapeso*, específica da proporcionalidade e.s.e. (neste último caso, associadas à noção de *importância* dos efeitos). Para a metódica da adequação são relevantes, uma vez que a noção de eficiência do meio é construída sobre a de intensidade de satisfação.

A *intensidade de satisfação* reporta-se aos efeitos de satisfação dos bens, interesses ou valores ativos, ou seja dos bens, interesses ou valores cuja promoção constitui o fim imediato visado pelo legislador. A *intensidade de interferência* reporta-se aos efeitos de interferência em bens, interesses ou valores passivos, ou seja, aqueles que são negativamente afetados. A intensidade de satisfação é sempre intensidade *marginal* de satisfação e a intensidade de interferência é sempre intensidade *marginal* de interferência. Significa isso que importa apenas o que acresce à situação existente no momento em que a norma é produzida.

Não é impossível (embora talvez não seja totalmente próprio) falar de intensidades de satisfação e de interferência a propósito dos *efeitos jurídicos* através dos quais a norma se repercute na ordem jurídica. Poderemos dizer que para medir a intensidade dos efeitos jurídicos se realizam, no essencial, operações técnico-jurídicas de interpretação, qualificação e cálculo. Usam-se critérios ou indicadores qualitativos e quantitativos para avaliar a dimensão da alteração da ordem jurídica no que concerne ao grau de satisfação e de afetação dos bens, interesses ou valores abrangidos, ao universo subjetivo envolvido, à duração e à extensão territorial coberta. Dessa base parte-se para a avaliação das intensidades de satisfação e de interferência que a norma e os seus efeitos jurídicos podem desencadear ao nível do mundo sensível. Por outras palavras, é dos efeitos jurídicos da norma que se parte para calcular os efeitos materiais que ela pode causar ou desencadear e a respetiva intensidade.

A densificação dos conceitos de intensidade de satisfação e de intensidade de interferência decorrentes dos *efeitos materiais* causados ou desencadeados pelo

cumprimento da norma (em sentido amplo, abrangente do uso de permissões que ela eventualmente contenha), passa por um cruzamento de operações intelectuais, bem como de critérios e de indicadores, bastante mais complexo¹⁸⁹².

Por um lado, a determinação das intensidades de satisfação e de interferência não prescinde de operações básicas de *interpretação e de qualificação*. Por outro lado, exige operações *essencialmente empíricas* que permitam avaliar a sua previsível, esperável ou hipotética extensão. Por outro lado ainda, as noções de intensidade de satisfação e de extensão *podem* comportar uma relevante componente *valorativa*, isto é, operações de atribuição de peso e importância aos efeitos materiais esperados. A fronteira entre estas várias operações e vertentes pode ser de difícil delimitação, tal como difícil é também averiguar qual delas assume maior predomínio.

Essas operações intelectuais visam antecipar as intensidades de satisfação e de interferência materiais *hipotéticas*. Para isso, o legislador tem, pelo menos, de coligir os dados empíricos disponíveis passados e presentes e prognosticar os efeitos materiais futuros, previsivelmente gerados pelo cumprimento da norma. Isso implica o recurso a indicadores de probabilidade e de praticabilidade dos efeitos materiais esperados, além dos já referidos indicadores qualitativos e quantitativos.

2.2.2.2. Graus de eficiência

Repete-se a noção inicial: adequação consiste na capacidade intrínseca do meio aproximar o fim visado pelo legislador. Essa noção contenta-se com a mera possibilidade de antecipar ou prognosticar que a norma é minimamente eficiente, ou seja, que os seus efeitos jurídicos são capazes de desencadear ou causar efeitos materiais que se traduzam numa intensidade de satisfação pelo menos

¹⁸⁹² Na construção do texto, temos em conta as propostas de **Clérico, Pulido, Zimmerli, Meyer-Blaser**. Quanto aos indicadores da intensidade, retomamos no essencial a doutrina de **Clérico**, mas poderíamos optar por distinguir indicadores materiais, temporais, espaciais e pessoais (Zimmerli, Meyer-Blaser), de eficácia, temporais, de realização do fim, de probabilidade (**Pulido**), subjetivos e objetivos, etc.

mínima¹⁸⁹³. Se for esperável alguma eficiência, a medida é adequada, não interessando o grau da eficiência. Trata-se de um juízo meramente *qualitativo*.

Cabe, porém, interrogar se o segmento da adequação se contenta realmente com essa eficiência *mínima* ou se, pelo contrário, requer um grau de eficiência acima do mínimo. Se assim fosse, haveria que retificar aquela noção inicial, abandonando uma aproximação *qualitativa* e evoluindo para uma definição *quantitativa* que, não se bastando com a qualidade de eficiente, assentaria antes na graduação da eficiência¹⁸⁹⁴.

Uma definição quantitativa distinguiria entre vários graus de eficiência, assentes em diversas graduações da intensidade de satisfação. Por exemplo: (i) *eficiência mínima*, se o meio contribui previsivelmente para a materialização do fim, mas a eficiência é residual ou marginal, de tal modo que, não sendo irrelevante ou neutra em relação a ele, pouco o aproxima; (ii) *eficiência alta*, se o meio previsivelmente concorre decisivamente para a aproximação do fim pretendido, embora este não seja atingido em toda a sua plenitude; (iii) *eficiência plena*, se o meio for previsivelmente capaz de atingir plenamente o fim¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁹³ Numa linguagem influenciada pelos padrões da análise económica distingue-se entre *eficácia* da lei ou da norma (a circunstância de atingir os seus objetivos), *eficiência* da lei ou da norma (a circunstância de os benefícios justificarem os custos) e *efetividade* da lei (a circunstância de ela ser cumprida pelos seus destinatários): v. **Christophe Mincke**, «Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit: le pôle réaliste de la validité», in *RIEJ*, vol. 40, (1998), pp. 115 ss., (apud **Van Drooghenbroeck**, *La Proportionnalité...*, p. 211); **Caupers/Almeida/Guibentif**, *Portugal e a Europa. Feitura das Leis*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2014, p. 71. Sem embargo, a ciência do direito, admitindo aquela noção de efetividade, atribui às expressões *eficácia* e *eficiência* um sentido algo diverso. *Eficácia* é sinónimo da produção de efeitos jurídicos. Na linguagem do direito, uma norma é eficaz quando produz efeitos jurídicos, quaisquer que sejam. Uma norma é eficiente quando tem sucesso na produção dos efeitos materiais pretendidos. Uma norma pode ser eficaz sem ser eficiente e efetiva, mas não pode ser eficiente e efetiva sem ser eficaz. Uma norma, para corresponder ao segmento da adequação, tem de ser eficaz e eficiente. Resta saber se num grau específico, discussão que virá a seguir no texto. É por utilizar o conceito de eficiência com o sentido restrito de atingimento integral do resultado ou, porventura, com o sentido de eficiência económica acima referido nesta nota, que **Barak**, *Proportionality...*, p. 305, sustenta que no âmbito da adequação não há um requisito de eficiência: “para passar o teste da conexão racional, o meio pode fazer avançar ineficientemente os objetivos”.

¹⁸⁹⁴ O tema de saber se a adequação envolve apenas juízos de natureza qualitativa ou também quantitativa tem suscitado desencontros na doutrina. Por exemplo, **Grabitz**, «Der Grundsatz...», p. 571, sustenta que a adequação só pode ser apreciada de um ponto de vista qualitativo; todavia, **Clérico**, «Sobre la prohibición...», p. 174, nota que para o apuramento da adequação ou idoneidade são relevantes não apenas aspetos qualitativos, mas também *quantitativos* e *probabilísticos*. A questão é talvez mais semântica do que real: a aplicação do segmento da adequação implica apreciações empíricas, inclusive sobre dados quantificados, mas o juízo de adequação, em si, pode ser meramente qualitativo.

¹⁸⁹⁵ **Pulido**, *El principio de proporcionalidad...*, p. 726, alude a versões *débil* e *forte*. Por seu turno, **Clérico**, *El examen...*, p. 59, e «Sobre la prohibición...», p. 174, distingue versões *débil* e *forte* ou

Há ou não situações onde para o meio ser considerado adequado não basta que seja intrinsecamente capaz de promover o fim em qualquer grau, sendo requerido que possua uma eficiência *alta ou plena*?

A resposta - *negativa* - a esta questão decorre da margem de escolha que o segmento da adequação atribui ao legislador.

2.3. Margem de escolha do autor do ato

Para a escolha do meio adequado, o legislador parte de um patamar pré-definido: o fim imediato previamente conformado, consistente na satisfação de certos bens, interesses ou valores; uma intensidade de satisfação pretendida.

2.3.1. Os casos de único meio adequado

A questão formulada na parte final do número anterior tem resposta incontornável nas situações – porventura raras – em que exista *um único* meio adequado para fomentar ou atingir o fim assim conformado. Nesse caso, o segmento da adequação convive inevitavelmente com qualquer tipo de eficiência do meio¹⁸⁹⁶.

fortíssima. Contudo o critério que propõe para aferir da intensidade fomentadora do meio para atingir o fim é um critério que se baseia na *comparação* com outros meios alternativos disponíveis, também adequados. Ora, uma coisa é apurar se um meio fomenta o fim minimamente, altamente ou plenamente, outra é apurar se esse meio o fomenta mais ou menos do que outro meio alternativo. Ao segmento da idoneidade pertence a primeira operação metódica, respeitante à relação entre meio e fim, sem referência a meios alternativos; ao segmento da necessidade pertence a segunda operação metódica, respeitante à *comparação* entre vários meios alternativos do ponto de vista da sua eficiência. Também não totalmente coincidente, **Nogueira, Direito Fiscal...**, pp. 100-101, distinguindo três modelos quanto à intensidade ou grau de exigência, *exigente, intermédia e mínima*, mas rejeitando a mínima como verdadeira hipótese. Note-se, porém, que aquilo que o autor designa de *standard* mínimo parece consistir numa mera medida neutral em relação ao fim, o que não sucede com a nossa eficiência mínima, onde há um contributo para a materialização do fim do ato ou medida.

¹⁸⁹⁶ Esta orientação afasta-se da de **Barak, Proportionality...**, p. 540. O autor entende que quando está em causa aquilo que - com inspiração na jurisprudência norte-americana - designa de *compelling interests*, o grau de probabilidade de promoção do fim deve ser *substantial*, isto é, superior ao mínimo. A posição do autor levaria a que havendo apenas um meio de prosseguir um *compelling interest*, mas sendo as perspetivas de eficiência mínimas, esse meio não deveria ser adotado. O resultado, todavia, é absurdo. A solução implicaria que, por o único meio disponível ser previsivelmente apenas minimamente eficiente, não poderia ser adotado, gorando-se, pois, a possibilidade de atingir, minimamente que seja, o fim visado. Coisa distinta é se esse meio tem condições para superar o segmento da proporcionalidade e.s.e. Mas isso não está agora em discussão.

2.3.2. Os casos de pluralidade de meios adequados

Em regra, ou há diferentes meios alternativos adequados ou há diferentes modalidades de um meio adequado. Na maior parte das situações, os condicionalismos cognitivos a que está sujeito (v. número seguinte) impedem o legislador de identificar com rigor qual o meio suscetível de atingir o *ideal* absoluto que é o cumprimento integral do fim a que se propõe ou de atingir o mais elevado grau de certeza empírica sobre a eficiência de um meio¹⁸⁹⁷. Sem embargo, é possível que o legislador, recorrendo a indicadores de probabilidade, de praticabilidade, de quantidade e de qualidade, estime que uma ou várias medidas alternativas têm previsivelmente mais alta eficiência do que outras, algumas prometendo, porventura, apenas eficiência mínima.

Nesse pressuposto, coloca-se a questão seguinte: se entre as hipóteses alternativas estiverem uma ou várias *plena* ou *altamente* satisfatórias, a par de outras apenas minimamente satisfatórias, consente o segmento da adequação que o legislador escolha uma das últimas? Ou, se ao legislador se oferecerem várias alternativas com diferentes graus de eficiência, o segmento da adequação impõe que opte pela mais satisfatória ou a que promete mais alta eficiência¹⁸⁹⁸?

A conclusão que se proporá decorre da análise de vários argumentos: (i) função básica do princípio da proibição do excesso como instrumento de mediação e de controlo de operações de harmonização de bens, interesses ou valores; (ii) margem de livre conformação do legislador; (iii) em certos casos, especial dignidade dos bens, interesses ou valores sacrificados.

¹⁸⁹⁷ V. Clérico, *El examen...*, p. 60.

¹⁸⁹⁸ Cfr. a discussão em Barak, *Proportionality...*, pp. 539-540. Parece ser a tese de Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, p. 184. No âmbito do processo penal, diz a certo passo que para serem adequadas "as medidas processuais penais devem ser aplicadas a todos aqueles cujos direitos seja necessário limitar para alcançar a finalidade prevista".

2.3.2.1. Função básica do princípio da proibição do excesso

O princípio da proibição do excesso não visa a obtenção de uma realização *plena ou integral* dos bens, interesses ou valores ativos. Na sua modalidade comum, o princípio da proibição do excesso está vocacionado para a limitação das compressões inúteis, desnecessárias ou desproporcionadas e não para a maximização ou otimização dos resultados¹⁸⁹⁹.

O princípio preocupa-se antes do mais com a proteção do “*lado mais fraco*”, o lado *passivo* do conflito de bens, interesses ou valores, o lado dos bens, interesses ou valores sujeitos a interferência, vedando agressões não justificadas. O princípio não visa, em primeira linha, a realização máxima do “*lado mais forte*”, ou lado *ativo*, o lado dos bens interesses ou valores satisfeitos, em regra interesses públicos.

Por outro lado, também não se pode dizer que o princípio da proibição do excesso ambiciona uma proteção plena ou integral dos bens, interesses ou valores sacrificados no concreto conflito. Falar neste contexto de proteção plena ou integral de bens, interesses ou valores sujeitos a uma compressão seria incorrer numa flagrante contradição nos termos.

Portanto, subjacente à proibição do excesso e aos seus segmentos não consta a exigência de *resultados de máxima – total ou plena – realização* de nenhum dos “lados” numa colisão. Pode acontecer que um certo meio se mostre harmónico com o princípio da proibição do excesso sem que isso queira dizer que a solução é plenamente satisfatória ou que conduz à obtenção plena do resultado pretendido. Por outras palavras, agora pensadas especificamente para o segmento da adequação: uma norma legislativa pode ser considerada adequada (e, nessa dimensão, justificada) mesmo que se possa anteciper que não atingirá plenamente o fim a que se propõe ou que o legislador poderia ter optado por outras mais satisfatórias, que garantissem uma maior ou melhor materialização do resultado¹⁹⁰⁰. Da função básica do princípio da proibição do excesso não decorre,

¹⁸⁹⁹ V. adiante, capítulo 29.

¹⁹⁰⁰ A orientação aqui sufragada está em linha com a da jurisprudência constitucional alemã, uma vez que esta considera que a adequação não exige uma aptidão completa do meio para atingir o fim a que se propõe. Uma medida já é adequada se com a sua prática o objetivo se torna mais próximo: cfr. entre muitos, **Gentz, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechteingriffen**, p. 1603; **Hirschberg**,

portanto, qualquer vinculação do legislador a escolher a opção que prometa eficiência *plena* (e também não emerge qualquer proibição de o fazer), se alguma existir, ou a escolha do meio melhor. Por outro lado, não resulta nenhuma indicação precisa sobre se o legislador é obrigado a escolher o meio que, entre vários, se mostre *mais altamente* satisfatório.

2.3.2.2. Margem de livre conformação do legislador

Além do argumento da intenção própria do princípio da proibição do excesso, há que considerar a margem de livre conformação do legislador. A possibilidade de este poder optar por vários meios adequados, sendo inclusive lícito escolher um reconhecida ou provavelmente menos satisfatório do que outros disponíveis, materializa melhor aquela margem de livre conformação.

Sabemos já que a conformação do fim da medida legislativa depende largamente da margem de decisão do legislador. Este pode escolher fins mais ou menos ambiciosos: pode decidir orientar-se por um fim - ou por uma intensidade de satisfação do fim - que corresponde a um certo grau de ambição ou de opção política, mas também pode guiar-se por um padrão menos ambicioso (quem pode o mais, pode o menos). Em consequência, seria incoerente rotular de inadequada uma norma hipoteticamente menos eficiente do que hipóteses alternativas na prossecução dos fins ambiciosos livremente escolhidos pelo seu autor, quando esse meio não seria motivo de censura, sob o ponto de vista do segmento da adequação, se no uso da mesma liberdade fossem fixados objetivos menos ambiciosos. Este raciocínio dá força à conclusão de que nenhum fundamento existe para obrigar o legislador a escolher a opção mais eficiente, na medida em que disponha de liberdade de conformação do fim¹⁹⁰¹.

Der Grundsatz..., p. 52; **Serrano**, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, pp. 156-157. Sobre a jurisprudência espanhola, não coincidente, v. **Pulido**, *El principio de proporcionalidad...*, p. 725. Sobre a jurisprudência do TEDH, **Šušnjar**, *Proportionality*, p. 237.

¹⁹⁰¹ **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 51 (admitindo que esta severa delimitação dos casos de inadequação implica que a máxima da adequação tenha um alcance prático diminuto, sendo raros os casos que caem na sua malha pouco apertada, p. 54); **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 553; **Ávila**, *Teoria...*, 7ª ed., p. 166.

2.3.2.3. Especial dignidade dos bens, interesses ou valores sacrificados

Todavia, pode questionar-se se há situações *especiais* em que vigore uma exigência de adequação (ou, talvez mais rigorosamente, de eficiência) *reforçada*¹⁹⁰², sendo prescrita a escolha do meio mais eficiente entre os vários disponíveis. Ou até situações em que o legislador só pode adotar a medida legislativa se esta tiver um alto nível de eficiência, não o podendo fazer se a medida tiver apenas um nível mínimo, mesmo que se trate da única hipótese disponível.

Nestas aplicações concretas do segmento, não seria suficiente que o legislador escolhesse uma medida que promettesse (qualquer) eficiência. Seria exigível um nível elevado de aproximação do resultado, isto é, uma eficiência *alta*. A adequação não seria um parâmetro meramente *qualitativo*, preocupado com a aptidão intrínseca do meio, mas um parâmetro quantitativo preocupado com o *grau de eficiência*. Nesses casos, mesmo que não se chegasse ao imperativo de *realização máxima*, também não se aceitaria uma *realização no mínimo dos mínimos*, eventualmente *marginal*, isto é, uma realização marcada por uma eficiência tão reduzida dos meios escolhidos que os fins ficariam dramaticamente aquém do ambicionado.

Um exemplo que ocorre é o das medidas *compressoras* de bens, interesses ou valores de especial dignidade e importância: deve-se exigir que o sacrifício seja compensado por uma alta eficiência? Implicaria isso, *no próprio plano da adequação*, uma exigência de alta eficiência na prossecução do resultado, com vista a não tornar inglório o sacrifício.

Entenda-se bem esta hipótese. Não se questiona se, quando os interesses *prosseguidos* pelo meio têm uma especial dignidade, esse meio só pode ser considerado adequado quando tiver uma eficiência elevada. Na perspectiva *dos interesses prosseguidos*, a possibilidade de ser exigível a adoção de um meio altamente eficiente pode colocar-se eventualmente no contexto da proibição do

¹⁹⁰² **Barak, Proportionality...**, p. 540, por exemplo, sustenta a existência de dois níveis de eficiência, um quando estejam em jogo fins mais imperativos (*compelling*), outro para os fins menos imperativos ou apenas importantes (*important*).

defeito. Adiante, veremos se assim é. O que agora se questiona é se, pelo facto de os bens, interesses ou valores *sacrificados* terem uma especial dignidade, o meio que os sacrifica deve ter uma alta eficiência, assim se justificando a produção do ato sacrificador.

O argumento fica melhor ilustrado se procurarmos conceber um exemplo em que a questão se coloque. Assim, para tutelar o bem constitucionalmente protegido “ordem pública”, o legislador, visando pôr termo à inquietação social suscitada pelos chamados “arrumadores” de carros, normalmente associados a problemas de toxicodependência e de pequena criminalidade, restringe o bem jurídico fundamental da liberdade, impondo restrições à liberdade de circulação dos arrumadores, mesmo quando estes não cometem nenhum crime, proibindo que permaneçam num local fixo mais do que um período de tempo diminuto. Se se verificar que esta medida, embora seja minimamente adequada para minorar o impacto social da existência de arrumadores, não é altamente eficiente, em pouco contribuindo para erradicar o fenómeno, soçobra perante o segmento da adequação? O facto de ser *minimamente* eficiente salva-a, ou não, à luz desse segmento?

Ora, embora não se exclua que a interferência em direitos, liberdades e garantias em geral – e de alguns desses direitos em particular – suscita a aplicação de uma versão reforçada da proibição do excesso, isso não se reflete na adequação mas sim nos segmentos da necessidade e da proporcionalidade e.s.e.^{1903/1904}. O facto de os bens, interesses ou valores sacrificados terem aquela natureza não tem qualquer implicação ao nível do maior ou menor grau de eficiência exigida ao meio restritivo. Mesmo neste caso, a orientação mais correta é a de que o legislador disfruta de liberdade de escolha entre medidas alternativas, desde que elas prometam pelo menos eficiência mínima¹⁹⁰⁵.

¹⁹⁰³ Porém, no acórdão n.º 313/13, discutido no capítulo 5, 3.4.2., foi adotada uma orientação diversa, sendo aplicada uma *modulação alta* da adequação.

¹⁹⁰⁴ V. **Šušnjar**, *Proportionality*, p. 345, afirmando que a adequação e a necessidade não dependem do direito que estiver em causa. Se isso também é verdade para a necessidade será estudado no capítulo seguinte.

¹⁹⁰⁵ **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 553. Em sentido diverso, reportando-se exatamente ao ambiente do exercício de poderes discricionários da Administração Pública, **Antunes**, «Interesse público, proporcionalidade e mérito...», p. 547: não basta “que o meio utilizado seja suficiente para atingir o escopo prosseguido pela Administração, antes deve ser o melhor possível, o mais apto”.

2.3.2.4. A exigência de eficiência mínima e as funções da adequação

Em suma, para efeitos da aplicação da proibição do excesso pelo legislador, exige-se *que ele tenha racionalmente tido por adequado o meio incorporado naquele ato e tenha antecipado que ele assegura, pelo menos, uma eficiência mínima* na causação ou desencadeamento de efeitos materiais reconduzíveis ao fim. Ou, doutro modo: o segmento da adequação não impõe ao legislador que o *meio, instrumento, medida ou solução escolhida* seja uma que ele possa antecipar como alta ou plenamente eficiente, mesmo que as haja em alternativa¹⁹⁰⁶. Esta orientação preserva as margens de livre apreciação fática e política e de livre conformação do legislador¹⁹⁰⁷.

Para apreciar a adequação, o legislador realiza as operações acima enunciadas a propósito da intensidade de satisfação, com exceção de valorações ou atribuições de peso a bens, interesses ou valores e, mais vincadamente, de operações de ponderação bilateral ou contrapeso, as quais não têm razão de ser no contexto da adequação¹⁹⁰⁸.

¹⁹⁰⁶ Defendendo também o que designa de versão *débil* (em contraste com uma versão *forte*) da adequação, **Pulido, *El principio de proporcionalidad...***, p. 726; **Clérico, *El examen...***, pp. 60 e 82-83, conclui igualmente por uma versão débil – ou mínima, na nossa terminologia –, alegando que “quem aplica e controla o exercício do direito não pode razoavelmente exigir do ator a eleição do meio *mais adequado em todos os aspetos*” (sublinhado no original). Defende, porém, que a versão que designa de fortíssima deve, pelo menos, funcionar como ideia reguladora ou orientadora para o legislador. Todavia, mesmo que essa ideia reguladora fosse aceitável, não decorre certamente do segmento da adequação, nem tão pouco da própria proibição do excesso, como se argumenta no texto.

¹⁹⁰⁷ Assim, **Clérico, *El examen...***, p. 62; **Pulido, *El principio de proporcionalidad...***, p. 728.

¹⁹⁰⁸ A posição vertida no texto foi já assumida em “Proporcionalidade...”, pp. 620 ss., tendo sido criticada por **Novais, *As restrições...***, p. 737, nota. No seu entender, os aspetos valorativos ou de ponderação de bens e interesses não seriam completamente estranhos ao tema da idoneidade. Embora a verificação da aptidão ou idoneidade de uma medida restritiva se concentre exclusivamente na relação formal ou objetiva entre meio e fim, as ponderações e valorações não seriam absolutamente banidas. Para fundamentar esta posição invoca as valorações realizadas aquando dos juízos de prognose levados a cabo pelo responsável pela atuação restritiva. Ora, não se vislumbra quais sejam essas valorações *inerentes* ao juízo de prognose. No juízo de prognose há simples avaliações de natureza empírica, procurando-se, no caso da adequação (ou da idoneidade, conceito preferido pelo autor), antecipar quais os resultados que serão obtidos. Nesta fase não há qualquer tipo de ponderação ou de balanceamento de bens, interesses ou valores em competição. Tal ponderação já terá sido efetuada, num primeiro momento, quando na fase da determinação do fim foi necessário verificar se determinados bens, interesses ou valores tinham maior peso, devendo

A circunstância de para o segmento da adequação ser irrelevante a adoção de uma norma menos eficiente do que outras alternativas não quer dizer que essa opção seja irrelevante no contexto global da proibição do excesso. Primeiro, é plausível que o facto de a medida legislativa ter uma eficiência menor abrirá caminho a um número acrescido de meios alternativos capazes de a “desafiar” em sede de necessidade: quanto menos eficiente for um meio para atingir um fim, mais fácil se torna descobrir meios alternativos com, pelo menos, igual eficiência. Segundo, uma medida apenas minimamente eficiente garante efeitos modestos de satisfação dos fins prosseguidos, o que pode dificultar a sua justificação à luz do teste da proporcionalidade e.s.e.¹⁹⁰⁹

2.4. Estatuto epistémico das decisões do legislador

2.4.1. O risco epistémico

O cumprimento do segmento da adequação obriga o legislador à realização de apreciações de facto que permitam aferir a probabilidade de o meio estudado causar os efeitos materiais de satisfação dos bens, interesses e valores que constituem o fim da medida legislativa. No âmbito do juízo de adequação, as considerações empíricas sobre o alcance e extensão dos efeitos negativos da medida legislativa no que toca aos bens, interesses ou valores objeto da interferência, embora possam estar presentes, não têm relevância autónoma.

outros ceder total ou parcialmente; poderá ter de se realizar de novo em sede de avaliação da necessidade, particularmente se as medidas alternativas afetarem diferentes bens, interesses ou valores; e realiza-se novamente quando se trata de verificar, em sede de apreciação da proporcionalidade e.s.e., se, em concreto, apesar de à partida se ter admitido que poderia haver cedência, o efeito lesivo efetivamente projetado ou imposto é proporcional.

¹⁹⁰⁹ Clérico, *El examen...*, p. 70, assinala o ponto, embora noutro contexto.

O legislador dispõe normalmente de liberdade para selecionar os factos relevantes¹⁹¹⁰. Essa liberdade de seleção dos factos é sublinhada pela deferência (*deference*¹⁹¹¹) que os tribunais em geral manifestam em relação a ela¹⁹¹².

Todavia, há vários condicionantes que geram *risco* epistémico, isto é, risco de deficiências cognitivas que perturbam e são suscetíveis de comprometer a qualidade e correção da decisão do legislador.

Primeiro, ao invés do que sucede na fase de controlo da constitucionalidade, na fase de produção da norma as apreciações empíricas antecedem, inevitavelmente, o momento em que a medida legislativa começa a produzir efeitos.

Segundo, as decisões do legislador requerem uma representação da situação de facto passada e presente, prognósticos sobre a evolução em caso de inação (riscos e ameaças) e sobre os efeitos materiais que aquelas opções de ação gerarão no futuro. Os juízos de prognose sobre os efeitos materiais incidem nas variáveis influenciáveis pela medida em projeto, tendo em conta sobretudo a sua natureza e intensidade, e sobre as variáveis não influenciáveis. Ora, num ambiente complexo e

¹⁹¹⁰ **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 553. Esta premissa é crucial, uma vez que o estado de coisas inicial, no momento da decisão, nem sempre é muito claro, mesmo para quem toma a decisão, tal como não é clara, as mais das vezes, a situação de chegada (**Clérico**, *El examen...*, p. 47). Isto significa que é muito diferente a situação do legislador e a do administrador. Quanto ao primeiro, a definição da situação de facto que justifica a ação será deixada em regra à sua livre definição. Quanto ao administrador, terá sempre de haver uma norma que fixe "um núcleo incompressível de pressupostos e elementos do conteúdo do acto" (**Sérvulo Correia**, *Legalidade...*, p. 486), sem embargo de algumas vezes lhe ser atribuído um poder de autodeterminação, aquilo que aquele autor propõe que seja designado de *autonomia pública* em contraponto com a autonomia privada. Sobre tudo isto v. a exposição pormenorizada de **Sérvulo Correia**, *idem*, pp. 318 e ss., 471 e ss.

¹⁹¹¹ As noções indeterminadas de '*deference*', '*discretion*', '*self-restraint*' são usadas na literatura e jurisprudência anglo-saxónicas com significados próprios que não são familiares ou auto-evidentes entre nós (de todo, a primeira; parcialmente, as demais) dos pontos de vista dogmático e teórico. Sobre a *self-restraint* v. um apanhado em **Posner**, «The Meaning of Judicial Self-Restraint», *cit.* Rejeitando a ideia de *self-restraint*, **Novais**, *As restrições...*, pp. 883 ss. A circunstância de ocuparem um lugar central no debate universal sobre o princípio da proporcionalidade, nos planos conceptual, metódico e normativo, leva-nos a incorporá-las no nosso discurso. **Brady**, *Proportionality...*, pp. 62 ss., reconstrói os conceitos de **Alexy** de margem estrutural e epistémica (e, dentro desta, empírica e normativa) de conformação, propondo os conceitos de deferência estrutural e epistémica (*structural and epistemic deference*) e, dentro da segunda, empírica e normativa (*empirical and normative*). Porém, embora os conceitos de deferência e de margem de apreciação possam ser faces inseparáveis da mesma realidade, são analiticamente distintos: *deference* expressa uma atitude do juiz perante o legislador que, por vezes, se traduz no reconhecimento da *structural discretion* (reconhecimento de liberdade estrutural de conformação do legislador), outras vezes se traduz na *epistemic discretion* (reconhecimento da margem de conformação em situações de incerteza epistémica) de **Alexy**. Neste último caso é discutível se há, do ponto de vista conceptual, real *discretion* do legislador (permissão para conformar a sua atuação) ou se em rigor há apenas uma presunção da correção das premissas em que assenta o seu comportamento.

¹⁹¹² Sobre essa tendência de deferência v., por exemplo, **Šušnjar**, *Proportionality...*, pp. 195, 269.

diversificado do ponto de vista económico, social e político, é crível que o legislador tenha um conhecimento meramente fragmentário e conjectural que não chega para definir precisamente o grau de probabilidade de a medida legislativa causar a satisfação do fim e com que intensidade. Isso torna praticamente impossível diagnósticos e, *a fortiori*, prognósticos *seguros*, caracterizados pela certeza.

Terceiro, embora não se possa falar de estrita vinculação a elas, a boa avaliação e os bons juízos de prognose devem ser realizados com recurso à experiência e a regras científicas ou técnicas¹⁹¹³. Todavia, estas nem sempre existem ou são inequívocas. Quarto, por vezes não se consegue distinguir entre o que resulta desses dados e o que decorre de intuições, emoções e até juízos morais e ideológicos¹⁹¹⁴.

Quinto, diferentemente do que sucede com as decisões judiciais, as decisões legislativas não pressupõem habitualmente um processo probatório, estritamente comandado pela lei e sujeito ao contraditório. Não vigoram normas sobre meios de prova permitidos, valor probatório, ónus da prova subjetivo e objetivo, presunções, etc. Certamente que a verdade a que apela o legislador não prescinde da *coerência* das proposições factuais em que assenta; é exigível que o legislador busque representações corretas da realidade e prognósticos razoáveis sobre como ela se transformará *por causa* das suas decisões. Mas essas proposições e representações não se geram através de um processo probatório imune a considerações subjetivas, à extensão da experiência, a postulados ideológicos, etc. A formação das suas convicções ou inclinações não é enquadrada por regras semelhantes às que enquadram o *iter* decisório do juiz. Uma estratégia, como a de BEATTY, que faça depender a racionalidade da decisão da simples leitura dos factos (“deixe-se os factos falar” ¹⁹¹⁵), mesmo que pudesse valer para o ambiente do controlo judicial, seria de aplicação improvável no momento da produção legislativa.

Neste contexto complexo e insuficientemente estruturado, coloca-se a questão de saber se o legislador só pode agir em situações de (i) certeza epistémica empírica absoluta ou se basta (ii) certeza epistémica empírica relativa, ou ainda se lhe é consentida a atuação em situações de (iii) incerteza epistémica empírica.

¹⁹¹³ Šušnjar, *Proportionality*, p. 196.

¹⁹¹⁴ Como nota Choudhry, «So What Is the Real Legacy...», p. 524, as políticas públicas são frequentemente baseadas apenas em aproximações e extrapolações a partir da informação existente, inferências da informação comparada e até de palpites educados.

¹⁹¹⁵ V. *The Ultimate...*, pp. 72 ss.

2.4.2. A excecionalidade da certeza absoluta

Não é impossível atingir a certeza absoluta, *além de qualquer dúvida* ou imponderável, sobre a base factual e os efeitos materiais de uma opção legislativa. Porém, os condicionamentos enunciados só o permitirão excecionalmente. Por isso, a exigência de uma representação da realidade e de um prognóstico das relações causa/efeito absolutamente certos manietaria o legislador e impedi-lo-ia, virtualmente, de tomar quase todas as decisões ou, pelo menos, algumas das decisões difíceis que a nossa época tantas vezes lhe pede¹⁹¹⁶. A decisão do legislador não requer certeza epistémica empírica *absoluta*.

2.4.3. O acesso à certeza relativa ou razoável

Por conseguinte, é expectável que o legislador aja em situações de certeza epistémica empírica não absoluta, isto é, situações de *certeza relativizada* por imponderáveis, matizada por eventos excecionais ou não previsíveis ou por alguma imprevisibilidade dos comportamentos que as normas visam disciplinar.

Por exemplo, apreciada a evolução da criminalidade ao longo dos últimos anos, o legislador conclui que o número de roubos nos centros das grandes cidades mostra tendência para uma subida acima da média. Perante essa situação concreta (*C*), decide permitir a instalação generalizada de sistemas de videovigilância naquelas zonas (*M1*), com o fim de provocar o efeito material da diminuição drástica dos crimes de roubo (*F1*). Neste caso, o legislador possui instrumentos que lhe permitem fazer uma representação fiável da realidade. Embora não seja presumivelmente possível conhecer a verdade com certeza absoluta (designadamente, todas as causas e circunstâncias em que se dão os roubos), há uma elevada probabilidade de a representação da realidade realizada pelo legislador ser muito próxima da situação real. Por outro lado, também o prognóstico

¹⁹¹⁶ Barak, *Proportionality...*, p. 309; Choudhry, «So What Is the Real Legacy...», p. 525 (citando jurisprudência canadiana); Réaume, «Limitations...», p. 15.

sobre a relação causa/efeito da instalação de sistemas de videovigilância nos centros das grandes cidades e da diminuição da criminalidade tem uma razoável probabilidade de se revelar certo, tendo em conta os dados empíricos conhecidos, experiências piloto e comparadas, etc. Não *absolutamente* certo, uma vez que é plausível que os criminosos adaptem parcialmente os seus comportamentos à nova realidade da videovigilância e que passem, por exemplo, a praticar roubos em locais não controlados ou escapem de alguma forma à vigilância. Mas a convicção do legislador sobre a adequação da medida, isto é, sobre sua eficiência (pelo menos mínima) na satisfação de *F1*, é uma convicção da *verdade* das proposições de facto e dos prognósticos que realiza.

Esta situação é tendencialmente a ideal: o legislador pode representar a realidade tal como ela, com alta probabilidade, efetivamente é, e será com base nisso capaz de antever com um razoável grau de certeza que a medida legislativa que adota causará os efeitos materiais pretendidos, com este ou aquele nível de intensidade.

2.4.4. As incertezas epistémicas

Mas nas situações do dia a dia mesmo esse grau de *certeza epistémica empírica relativa* pode revelar-se inatingível. São recorrentes as situações de *incerteza epistémica empírica*.

A incerteza epistémica empírica pode ser *total* ou *parcial*¹⁹¹⁷. Em situações de incerteza epistémica empírica *total* (também se diz *radical*), não é possível certeza, *positiva* ou *negativa*, sobre se a apreensão e avaliação dos factos e dos riscos ou ameaças futuras é correta ou, mais decisivamente, sobre a probabilidade de o meio contribuir para causar os efeitos materiais pretendidos. Em situações de incerteza epistémica empírica *parcial* também não há certeza, mas é possível uma inclinação, *positiva* ou *negativa*. Quando a inclinação é negativa, trata-se de *incerteza epistémica empírica parcial negativa*; quando a inclinação é positiva, trata-se de *incerteza epistémica empírica parcial positiva*¹⁹¹⁸.

¹⁹¹⁷ Cfr. Réaume, «Limitations...», pp.17 ss.

¹⁹¹⁸ Alternativa à do texto é, por exemplo, a sistematização de Castanheira Neves, *Metodologia...*, pp. 40-41: poderia haver (i) decisões em situação de certeza; (ii) decisões em situação de risco; (iii)

Só em relação às situações de *incerteza epistémica empírica parcial positiva*, aquelas em que o legislador não tem a certeza (nem sequer relativa), mas se inclina razoavelmente para a probabilidade ou plausibilidade de o meio atingir o fim, se coloca a possibilidade de aquele ser autorizado a agir apesar da incerteza. Ficam à partida excluídas as situações de incerteza epistémica empírica total e parcial negativa. Não seria racionalmente sustentável que o legislador pudesse interferir em bens, interesses ou valores nas situações em que não há qualquer razão para admitir a existência de uma *conexão racional* entre a norma adotada e o fim visado, como sucede nos casos de radical incerteza sobre se a norma contribui para a produção dos efeitos materiais desejados e, mais drasticamente, nos casos em que a sua inclinação é no sentido de que não contribui¹⁹¹⁹.

Suponha-se, por exemplo, que o legislador decide autorizar que na situação *C* os moradores e os comerciantes dos centros das grandes cidades possuam e usem armas de defesa pessoal em termos muito mais facilitados do que a generalidade das pessoas (*M2*). A dúvida sobre a aptidão intrínseca de *M2* para satisfazer *F1* é elevada. Depende de quantos moradores e comerciantes estão disponíveis para adquirir armas de defesa pessoal, da sua capacidade para manejar armas daquela natureza, do uso que lhes darão, de quantos criminosos se inibirão e quantos optarão por comportamentos mais violentos, recorrendo a armas mais perigosas ou passando também a usar armas, etc. Diminuirá o sentimento de insegurança ou, ao invés, aumentará? O legislador pode inclinar-se para a adequação da sua medida, por exemplo, por ter auscultado os representantes daquele grupo de pessoas, por ter criado programas de formação ou por acreditar nas virtudes dissuasórias da posse de armas pelos cidadãos e da autodefesa. Mas, presumivelmente, não tem certeza sobre isso, por insuficiência ou inconclusividade da evidência empírica disponível. Trata-se de um caso de incerteza epistémica empírica parcial positiva: à partida é impossível a certeza (ainda que relativa) de que a medida é adequada e

decisões em situação de incerteza; (iv) decisões em situação de incerteza competitiva. O critério de distinção baseia-se no diferente grau de certeza *a priori* sobre os resultados de um certo ato, que pode ir desde (i) o caso em que há segurança do resultado, (ii) aos casos em que há *probabilidades* de um resultado, ou em que (iii) o resultado depende do acaso ou de circunstâncias desconhecidas, ou ainda em que (iv) o resultado depende da ação competitiva de outros decisores.

¹⁹¹⁹ Choudhry, «So What Is the Real Legacy...», p. 525 (espera-se menos do que uma prova científica e definitiva, mas uma absoluta falta de evidência é inaceitável: deve haver alguma base factual para uma política pública).

não é possível calcular qual o *grau de probabilidade* de ela ser eficiente ou o grau de *eficiência* que pode ter, mas as representações empíricas do legislador fazem-no inclinar para essa adequação.

Em casos de incerteza epistémica empírica, poderia aplicar-se uma presunção geral contra a imposição, sem razão suficiente, de restrições jurídicas à conduta das pessoas (RAWLS¹⁹²⁰). Quando uma medida legislativa impusesse uma restrição de um direito¹⁹²¹, poderia considerar-se que nos casos de incerteza epistémica empírica não há razão suficiente para a restrição. Essa presunção levaria à inadequação.

Em sentido diverso, invoca-se, mais uma vez, a margem de livre conformação (sob a forma do que está em voga designar por *empirical epistemic discretion*¹⁹²²). Por outro lado, reconhece-se a ocorrência de circunstâncias institucionais específicas que colocam o legislador numa situação de *vantagem* cognitiva em relação a outras entidades, incluindo o juiz constitucional¹⁹²³. O acesso ao conhecimento sobre a situação de facto mais próximo, mais regular, mais informado, mais baseado numa relação quotidiana com os problemas, o domínio de certos saberes técnicos, o acesso a conhecimento especializado mais profundo e a aconselhamento, justificam

¹⁹²⁰ V. **Rawls**, «The Basic Liberties and their priority», p. 5.

¹⁹²¹ Neste ponto poderia discutir-se se a orientação seria aplicável em caso de restrição de toda e qualquer conduta reconduzível a um direito ou apenas quando estivesse em causa um dos direitos que têm um estatuto prioritário (**Rawls** refere a liberdade de pensamento e de consciência, as liberdades políticas e de associação, a liberdade e integridade da pessoa, as liberdades cobertas pela *rule of law*).

¹⁹²² **Alexy**, *A Theory...*, p. 417. O tema da interceção entre as condições institucionais do decisor (legislativo ou outro) e a proporcionalidade é o objeto central do estudo de **Brady**, *Proportionality...*, *cit.* Crítica em relação a essa solução, designadamente porque leva a que o ónus da prova da não adequação passe para a parte que se opõe à medida legislativa, **Réaume**, «Limitations...», pp. 15 ss.

¹⁹²³ V. a exposição desenvolvida de **Brady**, *Proportionality...*, pp. 76 ss.: o autor desenvolve uma teoria da proporcionalidade sensível às condições institucionais dos decisores (incluindo legislador) e dos juízes; v. também, **Clérico**, *El examen...*, p. 149, enumerando os argumentos funcionais que sustentam a proteção da liberdade de conformação do legislador: legitimidade democrática, maior capacidade para ajuizar adequadamente a complexidade de cada situação, possibilidade de correção, maior aceitação das suas decisões; **Hickman**, «The Substance...», p. 697.

um crédito de confiança¹⁹²⁴ quando estão em causa decisões pautadas pela incerteza epistémica (*vantagem institucional comparativa*¹⁹²⁵).

Margem de livre conformação e vantagem institucional comparativa justificam o reconhecimento da validade de medidas legislativas adotadas em situações de *incerteza epistémica parcial positiva*.

Sem embargo, embora a incerteza epistémica empírica parcial positiva não impeça ou invalide a ação do legislador, ela pode ter repercussões relevantes no contexto do controlo da adequação pelo juiz constitucional. Adiante desenvolveremos o tema.

2.4.5. Conclusão sobre os estatutos epistémicos das decisões

A exposição anterior permite identificar vários estatutos epistémicos empíricos: (i) certeza epistémica empírica absoluta; (ii) certeza epistémica empírica relativa; (iii) incerteza epistémica empírica parcial positiva; (iv) incerteza epistémica empírica parcial negativa; (v) incerteza epistémica empírica total. Os três primeiros suportam ações positivas do legislador; as duas últimas justificam ou pedem abstenções. Estes vários estatutos não são quantificáveis, redutíveis a expressões matemáticas ou a escalas cardinais, contra o que a lei epistémica ou segunda lei da ponderação de ALEXY pressupõe¹⁹²⁶.

Advirta-se desde já que, para efeitos da proibição do excesso globalmente considerada, a circunstância de o legislador agir na base de certeza (pelo menos relativa) ou antes de incerteza epistémica empírica parcial positiva, não é irrelevante. Mesmo que, no segundo caso (incerteza parcial positiva), o legislador

¹⁹²⁴ Expressão de **Bodo Pieroth/Bernhard Schlink**, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 14^a ed., Heidelberg, 1998, n.ºs 282 e 287; v., também, acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 187/01 (n.º 15) e n.º 159/07 (n.º 14).

¹⁹²⁵ **Rivers**, «Proportionality and Variable...», p. 200; **Choudhry**, «So What Is the Real Legacy...», p. 512; **Hickman**, «The Substance...», p. 697; **Young**, «In Defense of Due Deference», *cit.*; **Brady**, *Proportionality...*, p. 23.

¹⁹²⁶ **Alexy**, *A Theory...*, pp. 418 ss. A segunda lei da ponderação (contraposta à lei *substantiva* da ponderação), exprime-se pela seguinte proposição: "quanto mais pesada for uma interferência num direito constitucional, maior deve ser a certeza das suas premissas", incluindo as premissas fáticas. O grau de certeza seria representado através de uma regressão geométrica que vai da situação de maior certeza (ou menor incerteza) para a de menor certeza (ou maior incerteza): $r=2^0$; $p=2^{-1}$; $e=2^{-2}$ (1, $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$): *ob. cit.*, p. 419, nota; «La fórmula del peso», p. 38.

beneficie de uma atitude de deferência do juiz constitucional para com as suas apreciações empíricas e para com a sua margem de conformação, a maior ou menor fragilidade da base empírica das normas que produz tem consequências. Uma avaliação dececionante pode persuadir o legislador a conceber outra medida com resultados menos incertos. Se persistir na original, outras consequências emergirão nas fases subsequentes. Na verdade, uma vez que a incerteza epistémica empírica admite alguma graduação, ainda que não cardinal, uma das funções que a aplicação do segmento da adequação permite assegurar em complemento à sua função natural é a da avaliação do *grau* de incerteza epistémica empírica dos efeitos materiais de satisfação de bens, interesses e valores que a norma visa.

A avaliação do grau de incerteza epistémica empírica começa a ser pré-estruturada e realizada na fase da adequação, não ocorrendo apenas na fase da proporcionalidade e.s.e., ao invés do que ALEXY inculca através da sua fórmula do peso e da referida segunda lei da ponderação¹⁹²⁷. Antes ainda da proporcionalidade e.s.e., essa pré-estruturação é importante para operações metódicas inerentes à aplicação da necessidade: quanto mais elevada for a incerteza empírica sobre a eficiência de um meio, mais derrotável ele será, no âmbito da necessidade, por outros meios menos afetados por esse tipo de incerteza. Por outro lado, tal como a adoção de um meio menos eficiente *deprecia* o fim preliminarmente definido, também a adoção de um meio ferido por uma significativa incerteza quanto aos efeitos materiais que pode desencadear *deprecia* esses efeitos. Ou, mais rigorosamente, diminui a potencialidade de os efeitos de satisfação dos bens, interesses e valores ativos terem energia suficiente para justificar os efeitos de interferência nos bens, interesse ou valores passivos perpetrada pela medida legislativa. Tais efeitos materiais positivos (e o fim que lhes subjaz) chegarão inevitavelmente *depreciados* ou diminuídos à operação ponderativa da proporcionalidade e.s.e.¹⁹²⁸.

¹⁹²⁷ *Idem*, pp. 418 ss. Como se verá, no contexto da proporcionalidade e.s.e. as apreciações de facto e o grau de certeza que existe sobre elas também são relevantes. Mas, como se defende no texto, a dilucidação começa no âmbito da aplicação da adequação.

¹⁹²⁸ Réaume, «Limitations...», p. 18 (aludindo à redefinição do objetivo, de forma a acomodá-lo à incerteza).

3. Autonomia do segmento da adequação em relação ao segmento da necessidade?

Em certos círculos teóricos debate-se a autonomia do segmento da adequação em relação ao segmento da necessidade. Normalmente esse debate aparece associado – ou confundido – com a discussão sobre se a adequação tem utilidade ou é descartável¹⁹²⁹.

3.1. Juízo amplo de adequação e "pequena adequação"

Os próprios testes norte-americanos assimiláveis aos segmentos da proibição do excesso podem ser convocados para o debate sobre a autonomia (e a utilidade) da adequação. Como se viu¹⁹³⁰, há um *standard* para a verificação da *rational basis* da medida, isto é, da conexão racional entre meio e fim. Mas há também testes em que aquilo que designamos de adequação aparece diluído num *standard* - o *narrow tailored mean*- em que se confundem as dimensões equivalentes à adequação e à necessidade.

Similarmente, na literatura dedicada à proibição do excesso há tendências que defendem que a verificação da adequação de um meio para atingir ou fomentar um determinado fim ou é um mero *pressuposto* da avaliação da necessidade ou é *parte integrante* da própria operação de avaliação da necessidade.

Nessa perspectiva, para se decidir sobre se uma certa norma é necessária porque não há alternativa menos interferente com intensidade de satisfação igual ou superior, há que efetuar um duplo juízo de adequação: (i) um juízo sobre a adequação do próprio meio escolhido, uma vez que se não for considerado adequado para aproximar o fim não pode ser considerado necessário; (ii) um juízo sobre os vários meios preteridos, que só podem ser considerados realmente alternativos se também forem, em abstrato, adequados para atingir ou fomentar aquele mesmo fim. Fala-se até de "juízo amplo de adequação", que envolve indistintamente os dois juízos

¹⁹²⁹ V., por exemplo, Barak, *Proportionality...*, pp. 315-316.

¹⁹³⁰ Capítulo 3.

enunciados, e de juízo de “pequena adequação”, envolvendo apenas a apreciação da adequação do meio escolhido, estudada nos números precedentes¹⁹³¹.

A apreciação do mérito desta tese impõe que se distinga mais uma vez entre a proibição do excesso como norma de ação do legislador e como norma de controlo.

3.1.1. Os juízos amplo e de "pequena adequação" e o legislador

Olhando para as condições próprias do procedimento de preparação de normas legislativas pelo legislador, trate-se de um órgão singular ou coletivo, a distinção entre juízo amplo de adequação e juízo de "pequena adequação" tem utilidade.

Quem tem a responsabilidade de preparar um projeto legislativo para ser submetido ao órgão com poder de iniciativa (como o Governo) ou de aprovação (como a Assembleia da República ou o Governo) normalmente realizará um juízo amplo de adequação. Salvo se houver uma liminar identificação de uma opção específica, sem consideração de alternativas (o que, não sendo impossível ou impensável, se afigura invulgar), comumente verificar-se-á a delimitação de várias opções, consideradas em pé de igualdade como reais alternativas que podem ser adotadas, ou a identificação sucessiva de várias hipóteses, logo a seguir afastadas (por insuficientemente satisfatórias, financeiramente inoportáveis, demasiadamente interferentes, dificilmente praticáveis, etc.), com a consideração de outras, em aproximações graduais. Nesse contexto, não parece possível isolar o juízo de "pequena adequação", autónomo, sobre uma ou várias opções específicas e o juízo de adequação sobre alternativas.

Preparado e submetido um projeto legislativo a um órgão com competência para o propor, como iniciativa legislativa, ou para o aprovar, como ato legislativo, haverá, nessa circunstância, uma solução identificada e isolada, destacada em relação a outras. Nessa circunstância, é teoricamente possível isolar um momento lógico - procedimentalmente identificado ou não - em que se aprecia a adequação da medida proposta, antes de se apreciar a sua necessidade, confrontando-a com alternativas.

¹⁹³¹ V. **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, pp. 59 e ss. O autor alude a um "juízo amplo" de adequação, incidente quer sobre a solução legislada, quer sobre as soluções alternativas, em vez de uma "pequena adequação" ("*kleine Geeignetheitsprüfung*", p. 60), incidente só sobre a solução legislada.

Isso poderá adquirir maior visibilidade e nitidez na fase de debate da especialidade, designadamente quando se trate de um órgão de tipo parlamentar.

3.1.2. A "pequena adequação" e a atividade de controlo

Por maioria de razão, a distinção entre a aferição da adequação da opção escolhida – a "pequena adequação" ou adequação *tout court* – e a avaliação da adequação das hipóteses alternativas no âmbito da apreciação da necessidade tem pertinência no contexto mais ritualizado do processo de controlo do ato *a posteriori* pelo órgão de fiscalização. Nesse contexto não há dificuldade em distinguir - lógica e processualmente - o momento da aferição da adequação da solução incorporada no ato legislativo e o momento da avaliação da adequação das alternativas disponíveis.

3.2. Demonstração da autonomia lógica e concetual da adequação

Quer o juízo amplo de adequação, realizado numa fase relativamente informal do procedimento de preparação e produção de atos legislativos, quer, *a fortiori*, o juízo de "pequena adequação", têm autonomia lógica e concetual em relação ao segmento da necessidade.

É certo que o juízo amplo torna indissociáveis e indistintos passos metódicos que, em rigor, são imputáveis ao cumprimento de dois segmentos distintos da proibição do excesso, a adequação e a necessidade. Todavia, por um lado, essa indistinção é transitória, circunscrevendo-se a uma específica fase do procedimento de elaboração da norma e dissipando-se em fases subseqüentes, e, por outro, a circunstância de não ser possível distinguir o momento aplicativo não implica que não haja diferença material entre dois critérios de decisão. O que é decisivo para a afirmação da autonomia conceptual de cada um dos três segmentos não é a sua clara identificação no curso do procedimento deliberativo, mas o respetivo recorte analítico e a capacidade de significar para os destinatários um critério de decisão destacável e autonomizável.

A desclassificação da adequação, a atribuição de uma posição auxiliar em relação à necessidade e até a sua degradação a máxima de segundo nível¹⁹³² podem ser tentadoras por algumas razões (designadamente o seu reduzido relevo prático na maioria dos ordenamentos¹⁹³³), mas não pelas enunciadas. O segmento da adequação tem um conteúdo destacável e distintivo, justificando-se a sua autonomização.

Essa autonomia concetual é, aliás, demonstrada pelo facto de à adequação ser atribuída, em certos contextos constitucionais, autonomia como parâmetro suficiente de controlo. Ainda há pouco se mencionou o teste norte-americano da *rational basis*¹⁹³⁴, assimilável (embora não totalmente) à adequação. Mesmo que esta hipótese de autonomização não seja frequente na cultura constitucional europeia mais recente (com algumas exceções¹⁹³⁵) e seja até dececionante do ponto de vista da racionalidade deliberativa, se a exigência dirigida ao legislador se restringir à sua observância, ela é possível e fornece um argumento a favor da autonomia conceptual do segmento da adequação.

Que a autonomização é possível é também demonstrado pelo facto de ela ser feita, sem dificuldade, no âmbito do controlo de normas pelo juiz constitucional, designadamente o português¹⁹³⁶. Aí, a prática jurisprudencial mostra que a verificação do respeito pelo princípio da proibição do excesso é realizada através de uma sequência de operações processualmente individualizadas que se baseiam na destacabilidade e autonomia de cada um dos segmentos do princípio, incluindo o da adequação, com o alcance que lhe imputámos. Nestas circunstâncias, o juiz procede a um primeiro juízo de adequação sobre o meio adotado pelo legislador (podendo

¹⁹³² Será aí que chega **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 59.

¹⁹³³ A literatura internacional dá conta da raridade da invalidação de normas só com fundamento na sua inadequação. **Grimm**, «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence», assinala que o segmento da adequação apenas serve para eliminar um pequeno número de casos fáceis. V., também, **Barak**, *Proportionality...*, p. 316. Sobre a jurisprudência portuguesa, cfr. *supra*, capítulo 5.

¹⁹³⁴ Cfr. *infra*, capítulo 3.

¹⁹³⁵ A mais saliente será porventura a do teste *Wednesbury*, do Reino Unido (esboçado no caso *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation*, 1948).

¹⁹³⁶ E, apesar da raridade assinalada em nota anterior, há registo de casos em que a inadequação foi fundamento para a invalidação de normas. V. a referência a casos canadianos, sul-africanos e alemães em **Barak**, *Proportionality...*, pp. 303-304. Também nos EUA o *rational basis test* na versão mais exigente tem averbado algumas declarações de inconstitucionalidade. Quanto à jurisprudência portuguesa, v. alguns casos no capítulo 5, n.º 3.4.2.

até ficar por aí) e, já no contexto da apreciação da necessidade, procede a um novo juízo de adequação, desta vez sobre as opções alternativas à que foi escolhida pelo legislador.

Nesse contexto, não só é possível distinguir a aferição processualmente delimitada da adequação, como é possível e imprescindível distinguir dois juízos distintos de adequação. Estes dois juízos de adequação têm finalidade, objeto e identidade distintas. O juízo que, por comodidade, temos designado por "pequena adequação", incidente sobre o ato/meio/solução escolhida, permite fazer uma avaliação sobre ela e é logicamente prévio ao juízo de necessidade. O juízo de adequação incidente sobre os meios alternativos é pressuposto ou instrumental em relação à necessidade, não permite fazer qualquer juízo sobre o ato/meio/solução eleita e é logicamente inerente ao juízo de necessidade.

Quer a situação em que o legislador – ou outra autoridade normativa – é obrigado a respeitar especificamente a diretiva da adequação, quer a possibilidade de o órgão de controlo invalidar um meio simplesmente por ele ser *inadequado*, mostram não apenas a autonomia conceptual da máxima da adequação, mas também a sua capacidade de valer *independentemente* da necessidade. Pelo menos nestes casos, a adequação nunca poderia ser reconduzida a um pressuposto ou a parte integrante do juízo de necessidade. Já quanto ao juízo de adequação incorporado na operação de verificação do cumprimento do segmento da necessidade, não se coloca a questão de autonomia. Nessa circunstância é *sempre* instrumental e não destacável dele, como veremos no capítulo seguinte.

4. Conclusão sobre as funções do segmento da adequação

A primeira função do segmento da adequação é (i) vedar ou eliminar atos legislativos que interfiram em bens, interesses ou valores sem contribuir para a satisfação dos bens, interesses ou valores que constitua (putativo) fim desses atos. Detetada a inadequação, a subsequente apreciação da necessidade e da

proporcionalidade e.s.e. não é obrigatória (o que não significa que não se faça), o que, pelo menos, permite tornar mais económico o processo de fiscalização¹⁹³⁷.

Além disso, desempenha acessória ou secundariamente outras funções (de forma mais visível na metódica da proibição do excesso como norma de controlo). Designadamente, uma função de estruturação dos segmentos subsequentes, uma vez que (ii) denuncia incertezas empíricas no que toca à relação de causa/efeito das duas variáveis anteriores; (iii) contribui para a clarificação de qual é exatamente a colisão normativa existente; (iv) induz à clarificação da repartição de competências entre legislador e juiz constitucional no que toca à avaliação, argumentação e demonstração necessárias para a determinação das questões de facto¹⁹³⁸. O cumprimento destas funções facilita algo que é essencial na resolução de uma colisão normativa: determinar exatamente a extensão e o alcance desta, isto é, onde é que ela reside¹⁹³⁹.

Todas estas questões têm uma amplitude e repercussão que transcendem a aplicação do segmento da adequação, mas a primeira instância da sua dilucidação é aí.

¹⁹³⁷ Realçando este aspeto, **Barak, *Proportionality...***, p. 316.

¹⁹³⁸ **Barak, *Proportionality...***, p. 316, assinala que o segmento da adequação pode ter ainda uma utilidade *indireta*: quando, através do exame da adequação, se verificar que a medida adotada aproxima o objetivo da lei, mas de forma muito limitada, isso pode indiciar que o objetivo anunciado pelo legislador não é o verdadeiro objetivo.

¹⁹³⁹ Frisando o ponto, **Réaume**, «*Limitations...*», p. 19.

Dezasseis

NECESSIDADE

1. Necessidade como comparação entre meios referidos a um fim

1.1. A centralidade da necessidade

Verificada a adequação de um meio, a operação seguinte (do ponto de vista *lógico*) é avaliar se é necessário ou indispensável¹⁹⁴⁰. *Meio necessário é aquele cuja alternativa ou alternativas não são consideravelmente menos interferentes e/ou não prometem intensidade de satisfação aproximadamente igual ou superior*. Trata-se de uma definição de meio necessário de recorte essencialmente negativo, pois recorre à afirmação do que os meios alternativos não são em relação a ele¹⁹⁴¹. Na doutrina são também correntes definições de recorte positivo¹⁹⁴², concentradas na acentuação dos atributos do meio necessário (e não nas desvalias das alternativas),

¹⁹⁴⁰ Em alguns ordenamentos, como Israel e Canadá (e, em algumas aplicações, Reino Unido), esta é considerada a "coluna vertebral" do princípio da proibição do excesso: **Barak, *Proportionality...***, p. 337.

¹⁹⁴¹ V. **Emiliou, *The principle...***, p. 29. De recorte também negativo, mas desta feita assente na afirmação do que os meios alternativos são, é a definição de meio *não necessário*: meio *não necessário* ou *desnecessário* é aquele que, entre os disponíveis, tem alternativa consideravelmente menos interferente com intensidade de satisfação aproximadamente igual ou superior. Cfr. **Heusch, *Der Grundsatz...***, p. 41.

¹⁹⁴² V., por exemplo, **Zoonil YI, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit...***, p. 114; **Heusch, *Der Grundsatz...***, p. 41; **Rivers, «Proportionality...»**, p. 198; **Pulido, *El principio de proporcionalidad...***, p. 740; **Kommers / Miller, *The Constitutional Jurisprudence...***, p. 67; **Alexandrino, *Direitos...***, p. 137; **Barak, *Proportionality...***, p. 317, que, aliás, começa por propor uma formulação que coincide com o que designaremos por modalidade estrita da necessidade ("o legislador tem de escolher – entre todos os meios que podem fomentar o propósito da lei limitadora – o meio que limita menos o direito humano em questão"), só corrigindo para uma formulação próxima da enunciada no texto ao longo da sua exposição; crítico, **Hickman, «The Substance...»**, p. 703.

como esta: meio necessário é o meio menos interferente entre os disponíveis que tenham intensidade de satisfação pelo menos igual.

Qualquer das duas formulações deixa claro que não é comandada a adoção do meio disponível menos interferente (*less drastic mean*). Prescreve-se apenas que seja adotada a menos interferente entre as alternativas capazes de atingir o fim que o legislador elegeu, *com a intensidade por ele pretendida*¹⁹⁴³.

O segmento da necessidade ocupa o "centro geométrico" ou "nevralgico" da proibição do excesso e é o que mais frequentemente serve de fundamento para a invalidação de normas em ordens jurídicas como a portuguesa, não obstante a sua aplicação ser mais complexa que os demais segmentos¹⁹⁴⁴, incluindo a proporcionalidade e.s.e. Não se justifica, por conseguinte, a exiguidade do esforço que a doutrina dedica à sua densificação. Aqui procuraremos ir mais fundo do que é habitual.

1.2. Necessidade *interna* versus necessidade *externa*

De momento não está em causa a necessidade *externa* ao princípio da proibição do excesso, mas a necessidade *interna*, que integra a estrutura deste princípio. A primeira, reporta-se à avaliação que o legislador faz da imperatividade, oportunidade, urgência, relevância ou conveniência política de prossecução de um determinado fim legítimo. A segunda respeita à necessidade de adotar um meio específico e não outro com qualidade e/ou intensidade diferentes, com vista à prossecução do fim legítimo considerado necessário e visado pelo legislador¹⁹⁴⁵. Do ponto de vista metódico e analítico, a necessidade externa respeita à

¹⁹⁴³ Na versão original de *Oakes* (Canadá, 1986), um dos marcos da mundialização do princípio, exigia-se que o meio fosse o menos restritivo *tout court* (*the least injurious means*) e não que fosse o menos restritivo dos igualmente ou superiormente eficientes. **Hickman**, «The Substance...», p. 709, entre outros, assinala que essa versão de *minimal impairment* - criticável, desde logo, por poder traduzir-se na paralisia do legislador - foi superada em *R v Edwards Books and Art Ltd* ainda em 1986.

¹⁹⁴⁴ Assim, **Alexandrino**, *Direitos...*, p. 136.

¹⁹⁴⁵ Fala-se também de necessidade *relativa* para atingir o fim: **Ress**, *Der Grundsatz...*, p. 19; **Zoonil Yi**, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit...*, p. 115; **Barak**, *Proportionality...*, p. 320.

conformação do fim da norma¹⁹⁴⁶. Diferentemente, a necessidade interna é um dos segmentos da proibição do excesso e concerne à norma como meio¹⁹⁴⁷.

1.3. O centro de gravidade da metódica da necessidade

O centro de gravidade da metódica do segmento da necessidade reside na operação de *comparação* entre meios alternativos para atingir o fim¹⁹⁴⁸.

São comparados os efeitos jurídicos de satisfação e de interferência de duas (ou mais) hipóteses de normas alternativas e, sobretudo, os efeitos materiais positivos e negativos que cada uma delas hipoteticamente desencadeará, com vista a determinar relações de maior, igual ou menor intensidade¹⁹⁴⁹.

O segmento da adequação reporta-se fundamentalmente à relação empírica, de causa/efeito, entre os efeitos jurídicos da norma e o fim de satisfação material de pelo menos um bem, interesse ou valor. Como observámos, aí é correto falar-se de relação *meio-fim*. Diversamente, na apreciação da necessidade comparam-se meios alternativos - relação *meio/meio* -, que podem comportar graus de intensidade de satisfação e de interferência diferenciados, suscitando cruzamentos comparativos complexos.

Esta noção é ainda difusa, dela ressaltando pouco mais do que os conceitos operativos e os critérios essenciais para a operação de comparação central à necessidade: *alternativas disponíveis, intensidade de satisfação e intensidade de interferência, maior, igual ou menor* satisfação ou interferência. Estes conceitos operativos e critérios requerem densificação. À medida que esta se processa, o núcleo do segmento da necessidade vai-se enriquecendo, consolidando a sua condição de instrumento formal auxiliar da decisão. Sendo a operação central da

¹⁹⁴⁶ Por isso, é versada no capítulo 8, 3.1.

¹⁹⁴⁷ Numa visão "americana", **Schauer**, «Proportionality...», p. 179, nota que na análise da necessidade não está em causa, em rigor, uma questão de proporcionalidade mas sim de (in)utilidade da medida, tendo em conta outras disponíveis.

¹⁹⁴⁸ Não é exata a afirmação de **Alexy, Teoria...**, 2.^a ed., p. 527, de que a necessidade - a par da adequação - consiste numa relação meio-fim. Mais rigorosamente se pode dizer que a necessidade impõe a comparação entre diferentes alternativas de relações meio-fim.

¹⁹⁴⁹ Como diz **Alexandrino, Direitos...**, p. 137, comparam-se constelações ou complexos de relações meio-fim.

necessidade uma operação (ou várias operações cruzadas) de comparação, a densificação material do segmento requer o tratamento de vários núcleos temáticos: (i) quem compara; (ii) como se compara; (iii) o que se compara; (iv) com que instrumentos; (v) objetivos e possíveis resultados da comparação.

2. Quem compara

Determinante é, à cabeça, quem compara, já se sabendo que o segmento da necessidade é simultaneamente um instrumento de harmonização que guia a mão do legislador e um parâmetro do controlo da validade de normas legislativas pelo juiz constitucional (norma de ação, norma de controlo)¹⁹⁵⁰. Por aí começamos, embora quanto ao juiz constitucional não se vá, de momento, além de referências preliminares, já que o presente capítulo incide, no essencial, sobre a perspetiva do legislador, havendo um capítulo especificamente dedicado ao controlo da necessidade pelo juiz¹⁹⁵¹. Aí teremos oportunidade de aprofundar a indicação de que alguns dos aspetos da densificação do segmento da necessidade dependem – pelo menos em parte – de quem o operacionaliza: o legislador, com vista à adoção da norma legislativa ou o juiz constitucional, com vista à averiguação da validade desta. Como se compara, o que se compara e qual o objetivo da comparação (que gama de resultados se pretende obter) sofrem variações consoante a perspetiva seja uma ou outra.

2.1. A perspetiva do legislador

Para o legislador, a questão coloca-se nestes termos: tendo em conta (i) o diagnóstico da situação fática e jurídica efetuado até ao momento da decisão, (ii) a prognose sobre os eventuais riscos e a evolução das variáveis influenciáveis e não

¹⁹⁵⁰ Todavia, a diferença de perspetivas não é normalmente considerada pelos autores. Cfr., por todos, **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen...», p. 149; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 188.

¹⁹⁵¹ *Infra*, capítulo 19.

influenciáveis pela norma legislativa projetada, (iii) a intensidade de satisfação do fim pretendida e (iv) todas as alternativas disponíveis, *qual é o meio que, entre os disponíveis, proporciona aproximadamente a intensidade de satisfação pretendida e não tem alternativa consideravelmente menos interferente?* O juízo de necessidade realizado pelo legislador é o juízo que decorre da comparação de vários meios alternativos disponíveis, sendo aferidas as respectivas intensidades de satisfação e de interferência, de modo a determinar o meio necessário.

No início deste capítulo propôs-se uma definição de meio necessário - que poderia ser revertida em definição de necessidade - de recorte negativo, mas alertou-se para que boa parte da doutrina envereda por definições de cunho positivo. Para alguns a adoção de uma ou outra das duas formulações não é indiferente do ponto de vista teórico, dogmático e metódico¹⁹⁵². Porém, no âmbito da aplicação como norma de ação a opção por qualquer uma delas depende *grosso modo* de preferências estilísticas e pedagógicas. Como veremos no número seguinte, a opção por uma formulação positiva ou negativa tem sim relevo na perspectiva da proibição do excesso como norma de controlo, porque é nesse contexto que se coloca a questão da produção de prova sobre a necessidade ou a desnecessidade da norma.

Tal como o segmento da adequação, o segmento da necessidade veicula, pelo menos *parcialmente*, a noção de ótimo de Pareto¹⁹⁵³. No final desta dissertação, veremos se materializa *integralmente* o ótimo de Pareto¹⁹⁵⁴. Para tanto, seria necessário poder afirmar-se que quando se diz que uma medida é necessária - ou não desnecessária - isso equivale a dizer que não existe nenhuma outra que possa satisfazer melhor os bens, interesses ou valores prosseguidos sem piorar a situação dos bens, interesses ou valores atingidos¹⁹⁵⁵.

¹⁹⁵² V., por exemplo, **Heusch**, *Der Grundsatz...*, pp. 41, 43.

¹⁹⁵³ **Vilfredo Pareto**, *Manuel d'Economie Politique*, cit. Recordemos a formulação, antes invocada, de **Rivers**, «Proportionality...», p. 198: “uma distribuição é eficiente ou *Pareto-optimal* se nenhuma outra distribuição pudesse satisfazer melhor uma pessoa sem piorar a situação de outra”.

¹⁹⁵⁴ Embora não seja inequívoco, essa parece ser a inclinação dos autores que descrevem sem reserva o segmento da necessidade como expressão da eficiência ou ótimo de Pareto. Cfr. designadamente **Schlink**, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pp. 168 ss.; **Alexy**, *A Theory...*, pp. 398-399; **Teoria...**, 2.^a ed., p. 526; **Rivers**, «Proportionality...», p. 198; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 188; **Van Drooghenbroeck**, *La Proportionnalité...*, p. 190; **Barak**, *Proportionality...*, p. 320; **Pirker**, *Proportionality...*, p. 29; **Veel**, «Incommensurability, Proportionality...», p. 179; **Sartor**, «The Logic of Proportionality...», p. 1448.

¹⁹⁵⁵ V. *infra*, capítulo 29.

O que se expôs até aqui condiz predominantemente com a modalidade *lata* da necessidade que, por ser geralmente aplicada por defeito, muitas vezes é apresentada como a única possível. Debateremos se são concebíveis e admissíveis outras modalidades (*estrita, ponderada*). Se aceites, essas modalidades requerem adaptações significativas de algumas das indicações dos parágrafos anteriores.

2.2. A perspetiva do juiz constitucional

O juiz constitucional é chamado a julgar *depois da prática do ato*. Também a sua perspetiva pode ser descrita sob um ângulo positivo ou um ângulo negativo.

Do ponto de vista positivo, coloca-se a seguinte questão: *era (comprovadamente) necessário adotar aquela medida com aquele concreto conteúdo interferente, por não haver (comprovadamente) pelo menos uma alternativa com intensidade de satisfação igual ou superior menos interferente que podia e devia ter sido adotada?*

Do ponto de vista negativo a questão tem outra formulação: *era (comprovadamente) desnecessário adotar aquela medida com aquele concreto conteúdo interferente, por haver (comprovadamente) pelo menos uma alternativa com intensidade de satisfação igual ou superior menos interferente que podia e devia ter sido adotada?*

Diversamente do que vimos a propósito da necessidade como *standard* de ação, o tema da formulação positiva ou da formulação negativa tem relevo na perspetiva da proibição do excesso como norma de controlo, na medida em que, nesse contexto, se coloca a questão da produção de prova.

Esta questão equaciona-se de forma diferente, consoante haja que provar a necessidade, isto é, *a inexistência de medida alternativa* com intensidade de satisfação pelo menos igual, mas menos interferente (formulação positiva), ou a desnecessidade, isto é, *a existência de medida alternativa* com intensidade de satisfação pelo menos igual, mas menos interferente (formulação negativa).

Se vigorar um esquema de repartição do ónus da prova entre o autor da norma e o sujeito processual que se opõe à sua validade, é inevitável que a formulação positiva implique que o ónus da prova recaia sobre o autor da norma, enquanto a negativa desloca esse ónus para o opositor. A formulação positiva implica que caiba ao legislador provar o facto de que o meio por ele eleito é necessário porque é o *menos*

interferente entre os disponíveis que tenham intensidade de satisfação pelo menos igual. A formulação negativa impõe que quem se opõe à decisão prove que há pelo menos um meio *menos interferente com intensidade de satisfação igual ou superior* ao adotado pelo legislador, pelo que este é desnecessário.

Mas mesmo que não se admita essa (ou qualquer) repartição do ónus da prova, continua a ser importante o que tem de ser provado: a necessidade ou a desnecessidade. Isso tem consequências relevantes em situação de *non liquet*.

Em qualquer dos casos, no contexto do controlo da (des)necessidade, a formulação positiva é mais constrangedora da liberdade de conformação do legislador do que a negativa. Na primeira, para que a norma se salve, o legislador tem de provar - ou aguardar que fique provada - a necessidade. Isso passa pela prova de que qualquer meio alternativo alegado no processo não é menos interferente ou não é tão eficiente quanto o adotado ou até pela prova, praticamente inviável, de um facto negativo geral, isto é, de que *não existe* outro meio menos interferente com intensidade de satisfação igual ou superior ao adotado¹⁹⁵⁶. Na segunda, o legislador fica apenas à espera que ninguém consiga provar que o meio por si adotado é desnecessário, isto é, que existe outro meio menos interferente com intensidade de satisfação igual ou superior¹⁹⁵⁷.

3. Como se compara

Como norma de ação, a necessidade envolve um exercício de comparação e de escolha pelo legislador. Para que essa comparação e escolha sejam racionais, têm de estar reunidas condições *mínimas* de comportamento racional, designadamente que o legislador: (i) seja capaz de individualizar todas as alternativas e de distinguir as elegíveis das não elegíveis; (ii) reúna toda a informação acessível relevante para comparar e avaliar as consequências das alternativas; (iii) disponha de um critério

¹⁹⁵⁶ Referindo o ponto, Heusch, *Der Grundsatz...*, p. 41.

¹⁹⁵⁷ Cfr. *infra*, capítulo 19.

de ordenação das alternativas, em termos de preferências que satisfaçam certos axiomas e hipóteses¹⁹⁵⁸.

O legislador, na escolha do meio *necessário*, deve individualizar *todas* as alternativas, de entre as quais distinguirá as elegíveis das não elegíveis. O conhecimento pragmático mostra que uma das alternativas individualizadas assumirá normalmente a partir de certo estágio o estatuto de hipótese central, preferencial ou *pivot*, em torno da qual se procede à operação comparativa com as demais; ou então identificam-se algumas, ou todas, sem preferência. Isso permite efetuar um processo de identificação e seleção, com expurgo gradual e consecutivo (no contexto do vai e vem metódico de decisão) dos meios que não resistem ao teste da necessidade. Não se ignora que este é um modelo *ideal*, por enquanto distante do figurino que enforma o processo deliberativo do legislador *real*, muito menos conscientemente assumido e estruturado.

A individualização das alternativas visa compará-las, o que supõe a graduação relativa das respetivas intensidades de satisfação e de interferência. O quadro cognitivo em que se processa a deliberação prática impede que o resultado da graduação possa ser traduzido de forma cardinal¹⁹⁵⁹. Por isso, recorre-se a uma graduação ordinal, expressa através das noções de *maior, menor ou igual*: maior, menor ou igual intensidade de satisfação (ou efeitos de satisfação maiores, menores ou iguais) e maior, menor ou igual intensidade de interferência (ou efeitos de interferência maiores, menores ou iguais) do que as das demais alternativas¹⁹⁶⁰.

¹⁹⁵⁸ Adaptámos as hipóteses comportamentais de racionalidade económica enunciados por **Abel Mateus / Margarida Mateus, *Microeconomia Teoria e Aplicações***, vol. I, Verbo, Lisboa, 2001, p. 48. Suprime-se a condição de que a escolha recaia sobre a alternativa preferível, usando-se o princípio da otimização. A questão de se a proibição do excesso e seus segmentos visam objetivos de otimização será objeto de tratamento ulterior (capítulo 29).

¹⁹⁵⁹ Desenvolveremos o tema a propósito da necessidade ponderada, da ponderação e da proporcionalidade e.s.e.

¹⁹⁶⁰ Essas noções comportam simultaneamente uma dimensão qualitativa e quantitativa, tal como sublinha **Clérigo** ao longo do seu *El examen*..., particularmente p. 108.

4. O que se compara

4.1. Objeto imediato da comparação: intensidades dos efeitos de interferência e de satisfação

A norma produz efeitos jurídicos, com o fim de suscitar ou causar efeitos materiais. Retomando o que se viu a propósito da adequação, a intensidade¹⁹⁶¹ dos *efeitos jurídicos* da norma pode ser vista sob dois ângulos: (i) como intensidade de satisfação dos bens, interesses ou valores ativos, isto é, dos bens, interesses ou valores positivamente promovidos; (ii) como intensidade de interferência em bens, interesses ou valores passivos, isto é, em bens, interesses ou valores negativamente afetados.

Quanto aos *efeitos materiais* causados pelo cumprimento e execução da norma (em sentido amplo, abrangendo a utilização de permissões) ou materialização dos seus efeitos jurídicos, o legislador faz também uma avaliação e comparação de intensidades, igualmente sob dois ângulos, o de satisfação e o de interferência.

Como se referiu anteriormente, interessam intensidades *marginais* de satisfação ou de interferência, isto é, as intensidades de satisfação ou de interferência que acrescem àquelas que eventualmente existiriam se a norma legislativa não produzisse efeitos.

4.1.1. Operações intelectuais para aferição e comparação das intensidades de interferência e de satisfação

Os conceitos de *intensidade* de interferência e de *intensidade* de satisfação já foram explicitados a propósito da adequação. Na ocasião, ficou exposto que o apuramento dessas intensidades envolve várias operações intelectuais e que estas diferem consoante se trate de efeitos jurídicos ou materiais.

¹⁹⁶¹ Quanto ao conceito de intensidade, pode ver-se Grabitz, «Der Grundsatz...», p. 574; Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, p. 744.

No primeiro caso, operações estritamente técnico-jurídicas, de interpretação e qualificação, mais acentuadas a propósito dos efeitos jurídicos, mas não ausentes quanto aos efeitos materiais.

No segundo caso, predominantemente, operações empíricas de diagnóstico e de prognóstico.

Acresce que a noção de intensidade pode envolver a atribuição de peso ou importância aos efeitos materiais projetados ou prognosticados pelo legislador. Mesmo que contingente e eventualmente inextricável em relação às apreciações empíricas, este juízo valorativo pode entrar sub-repticiamente nas operações metódicas de graduação e comparação da intensidade de interferência e de satisfação, especialmente nas primeiras, devido a opções metódicas que serão expostas adiante.

4.1.2. Graduação e comparação da intensidade de interferência

A avaliação e comparação da intensidade dos efeitos jurídicos de interferência socorre-se essencialmente de operações técnico-jurídicas de interpretação, qualificação e cálculo, usando-se indicadores qualitativos e quantitativos.

Quanto à avaliação e comparação da intensidade dos efeitos materiais de interferência, há que distinguir entre intensidade de interferência *real* e *hipotética*. Em ambos os casos a aferição e comparação envolvem operações de base primariamente *empírica*.

A intensidade de interferência *real* afere-se e compara-se com o auxílio de indicadores (i) de praticabilidade (ii) e de qualidade e quantidade. Porém, o seu conhecimento não está ao alcance do legislador no momento em que concebe a norma legislativa. Pode estar, ou não, ao alcance do juiz constitucional quando é chamado ao controlo da norma legislativa. Se disponíveis, nesse contexto, em certas circunstâncias, podem comparar-se intensidades *reais*¹⁹⁶².

A intensidade de interferência hipotética - aquela que é acessível ao legislador -, terá de ser estimada através de prognoses sobre como evoluirá a situação de facto, por

¹⁹⁶² V. capítulo 19.

influxo do cumprimento ou execução da norma. O legislador tem de coligir os dados empíricos disponíveis, incluindo os respeitantes ao passado, fazer um diagnóstico da situação contemporânea e prognosticar os efeitos materiais futuros, gerados pelo cumprimento ou execução da norma. Para isso, são mobilizados indicadores (i) de previsibilidade (ou probabilidade), (ii) de praticabilidade, (iii) de qualidade e de quantidade dos resultados prognosticados.

A probabilidade reporta-se ao grau de verosimilhança de que os efeitos projetados ou esperados se verificarão, tendo em conta sua aptidão intrínseca e a apreciação da realidade.

A praticabilidade reporta-se ao grau de dificuldade que os executores da norma enfrentarão para a cumprir ou fazer cumprir.

Indicadores de qualidade e quantidade são, designadamente, o número de previsíveis afetados¹⁹⁶³, a rapidez da ocorrência, extensão e abrangência dos resultados materiais prognosticados, o nível de sustentabilidade, durabilidade ou reversibilidade desses resultados, a existência ou não de períodos transitórios. Para identificar cada uma destas dimensões, fala-se por vezes de *necessidade pessoal*, *necessidade temporal*, *necessidade espacial*, *necessidade material*¹⁹⁶⁴.

A aferição e comparação da intensidade de interferência envolvem operações de cunho primariamente *empírico*. Todavia, mais ou menos confundidos com os juízos empíricos podem andar juízos valorativos ou ponderativos¹⁹⁶⁵. A avaliação e

¹⁹⁶³ É neste quadro que se coloca o tema que a literatura e a jurisprudência norte-americanas reconduzem ao conceito de *overinclusiveness*, isto é, a possibilidade de uma medida ser subjetivamente mais abrangente do que aquilo que teria de ser para atingir o fim. A *overinclusiveness* é tratada umas vezes como um *standard* autónomo, outras vezes como integrante de outros testes, como a adequação (ou *rational connection*, no Canadá: v. **Choudhry**, «So What Is the Real Legacy...», p. 505, referindo que a questão da *overinclusiveness* foi central em *Oakes*, a decisão seminal do princípio da proporcionalidade no Canadá) ou o *least restrictive means* ou *narrow tailored*. Em rigor, na lógica da proporcionalidade, trata-se de uma questão a considerar no contexto do segmento da necessidade. Como nota **Barak**, *Proportionality...*, pp. 336-337, há situações de *overinclusiveness* que o segmento da necessidade pode evitar, quando é possível destrinçar, no universo dos abrangidos, aqueles que podem ser poupados à medida. Quando isso não for possível e não houver outra alternativa menos lesiva com eficiência igual ou superior, mesmo medidas *overinclusive* podem ser consideradas necessárias.

¹⁹⁶⁴ **Canotilho**, «Relatório sobre programa...», pp. 466-7; **Vicente**, *O Princípio da Proporcionalidade...*, p. 29.

¹⁹⁶⁵ Para discussão deste tema, por exemplo, **Wendt**, *Der Garantiegehalt der Grundrechte...*, pp. 449, 457 ss.; **Zimmerli**, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...*, p. 23; **Matthias Mayer**, *Untermass, Übermass...*, p. 167 ("a relação entre [meios] igualmente eficientes e menos interferentes exige normalmente uma valoração das consequências das medidas e dos sacrifícios dos direitos"); **Virgílio Afonso da Silva**, *Direitos Fundamentais...*, p. 177; **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen...», p. 148.

comparação da intensidade de interferência podem também transportar consigo uma componente ponderativa da importância e peso dos efeitos de interferência em certos bens, interesses ou valores à luz de uma determinada escala valorativa¹⁹⁶⁶.

Esta operação ponderativa não tem o objetivo de estabelecer preliminarmente a prevalência de um dos bens, interesses ou valores colidentes (como quando o legislador conforma o fim da medida), nem o de averiguar se os efeitos de interferência num são justificados pelos efeitos de satisfação do outro (como na proporcionalidade e.s.e.). Ela visa simplesmente avaliar qual a interferência *normativamente* mais grave, ponderados os bens, interesses ou valores afetados.

4.1.3. Graduação e comparação da intensidade de satisfação

Na aferição e comparação das intensidades dos efeitos de satisfação jurídica e material usam-se *mutatis mutandis* os indicadores até aqui enunciados. Sem embargo, a oportunidade para a realização de valorações é mais reduzida: ao passo que a comparação das intensidades de interferência pode implicar a comparação de várias alternativas que envolvem diferentes dimensões de um mesmo direito ou diferentes direitos, suscitando isso operações de ponderação, a comparação das intensidades de satisfação das medidas alternativas é impreterivelmente comparação das intensidades de satisfação *do mesmo* bem, interesse ou valor.

4.1.4. Correlatividade entre intensidades de satisfação e de interferência

A interconexão dos conceitos de intensidade de satisfação e de interferência no plano teórico reflete-se muitas vezes no plano pragmático: se os meios, mesmo que aptos por natureza ou qualidade, tiverem diminuta intensidade de interferência,

¹⁹⁶⁶ Em sentido diverso, por exemplo, **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, sobretudo p. 175; **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», pp. 456 ss.; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 189; **Alexy**, *A Theory...*, pp. 414 ss.; **Brady**, *Proportionality...*, p. 72.

podem ter uma intensidade de satisfação dos bens, interesses ou valores ativos igualmente baixa; inversamente, os meios com alta intensidade de satisfação em princípio suscitam possivelmente maiores interferências. Sem embargo, a correlação não é forçosa.

4.1.5. Efeitos jurídicos e materiais colaterais

Discute-se se, para a aferição das intensidades de satisfação e de interferência, devem ser consideradas e comparadas apenas a satisfação e a interferência nos bens, interesses ou valores direta, imediata ou principalmente tocados ou também a satisfação e interferência indiretas (*efeitos colaterais*). Um pleno aproveitamento das potencialidades racionalizadoras da proibição do excesso aponta para que também estes efeitos colaterais das várias alternativas, se existirem, devem ser considerados na comparação, não obstante o suplemento de complexidade daí decorrente¹⁹⁶⁷.

4.2. Objeto mediato da comparação: alternativas disponíveis de meios

A aplicação/cumprimento do segmento da necessidade pressupõe a possibilidade de escolha entre várias alternativas de meios para prosseguir um fim¹⁹⁶⁸. O critério de delimitação das alternativas pode ser mais ou menos amplo. Uma vez delimitadas nos termos expostos nos números seguintes, denominam-se alternativas *disponíveis* de meios. Adiante introduziremos outro conceito, o de alternativas *elegíveis*.

¹⁹⁶⁷ V., neste sentido, Heusch, *Der Grundsatz*..., p. 42.

¹⁹⁶⁸ Zoonil YI, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit*..., p. 115; Clérico, *El examen*..., p. 102; Pulido, *El principio de proporcionalidad*..., p. 742; Barak, *Proportionality*..., p. 321.

4.2.1. Os requisitos das alternativas disponíveis

Para que possam atingir a qualificação de alternativas disponíveis, têm de: (i) ser determináveis; (ii) ser adequadas; (iii) ter intensidade de satisfação pelo menos equivalente; (iv) não ser proibidas em si; (v) ser financeiramente sustentáveis; (vi) ser comparáveis.

4.2.1.1. Conhecidas e determináveis

Só podem ser consideradas alternativas disponíveis as que são conhecidas pelo legislador. O segmento da necessidade não impõe a adoção do meio com intensidade de satisfação igual ou superior, que não tem alternativa menos interferente, mas sim do meio que, *entre os conhecidos*, com intensidade de satisfação igual ou superior, não tem alternativa menos interferente. Por outro lado, mesmo que o legislador intua ou admita a existência de um meio com aqueles contornos, se não puder *determinar* o seu alcance ou natureza com a exatidão requerida, ele não pode ser considerado *alternativa disponível*.

Em sede de controlo, coloca-se, porém, a questão de saber como se deve equacionar a eventualidade de existirem alternativas que o legislador não conhecia efetivamente, mas *deveria conhecer*, de acordo com um padrão médio de diligência de um *bonus legislatoris*. Em circunstâncias delimitadas, nessa perspetiva de aplicação da proibição do excesso como norma de controlo, podem também considerar-se alternativas disponíveis aquelas que, de acordo com tal padrão médio de diligência, *deveriam ser conhecidas*. Em qualquer caso, se se verificar que existe (ou existia) um meio menos interferente com intensidade de satisfação igual ou superior, que o legislador não conhecia nem tinha possibilidade razoável de conhecer, esse meio não pode ser considerado como *alternativa disponível*.

4.2.1.2. Adequadas

Para que um meio possa ser considerado opção alternativa para prosseguir o fim, tem de ser adequado. Por outras palavras, a existência de uma real opção entre

meios supõe, pelo menos, que todos eles sejam adequados¹⁹⁶⁹. O juízo da necessidade pressupõe a execução de uma avaliação da adequação de todos os meios alternativos.

Como se expôs no capítulo anterior, a distinção entre o que alguns autores designam por juízo de "pequena adequação" e juízo amplo de adequação tem alguma razão de ser quando se olha para certas fases preliminares do processo de legiferação¹⁹⁷⁰. Quando se trata de desenvolver o trabalho de conceção inicial de um projeto de norma (isto é, ainda antes de haver uma iniciativa formal junto do órgão legislativo com poder de adoção dessa iniciativa), é plausível que o responsável pela preparação daquele projeto propenda a avaliar hipoteticamente, de forma indistinta e numa ou várias operações irrefletidas ou subliminares, a adequação de *todas* as opções, sendo difícil ou impossível destacar dois momentos de avaliação da adequação, um atinente ao segmento da adequação *tout court*, outro respeitante à avaliação da adequação de medidas alternativas à que seja considerada a *hipótese central*.

Essa situação altera-se logo que haja uma opção relativamente consolidada, vertida numa iniciativa formal, a ser objeto de deliberação do órgão legislativo (Assembleia da República, Governo, Assembleias Regionais). Nessa circunstância está preenchido o requisito para um juízo autónomo de adequação: a identificação de uma *hipótese central* de referência a propósito da qual é possível destacar - mesmo que sem expressão procedimental ou registo explícito - um juízo de adequação. Por outro lado, essa hipótese central é também a referência em torno da qual giram as alternativas. Sobre estas incide *um outro* juízo de adequação, estruturalmente semelhante, mas analiticamente distinto. Esse segundo juízo de adequação é sempre um *prius* do juízo sobre a necessidade: é uma operação sem a qual este não se pode efetuar (é um primeiro passo da aplicação da necessidade, como diz alguma doutrina germânica), embora não *a operação central* deste juízo.

¹⁹⁶⁹ Clérico, «Sobre la prohibición por acción...», p. 186.

¹⁹⁷⁰ Referenciou-se anteriormente a construção de Hirschberg, *Der Grundsatz...*, pp. 59 ss.

4.2.1.3. Com intensidade de satisfação pelo menos equivalente

A equivalência das potencialidades de satisfação do fim suscita várias questões. Um meio pode distinguir-se de outro através de vários fatores ou atributos, podendo ser mais eficiente nuns e menos noutros: há meios que promovem o fim mais rápida ou lentamente do que outros, têm maior ou menor grau de exequibilidade, estão mais ou menos testados, suscitam efeitos materiais mais ou menos duráveis ou sustentáveis.

A eventual pluralidade de fins, antes afluída¹⁹⁷¹, tem também relevância. Uma orientação mais linear advoga que uma alternativa competitiva deve prosseguir pelo menos igualmente *todos os fins* que puderem ser identificados¹⁹⁷². Outra orientação, observando que é plausível que alguns meios alternativos promovam mais um fim do que outros com ele relacionados¹⁹⁷³, admite o funcionamento de um sistema de *compensações*. A circunstância de um meio alternativo ser menos eficiente na satisfação de um fim - principal ou acessório - poderia ser compensada pela maior eficiência na satisfação de outro. A primeira opção é mais rígida, mas também mais fácil de aplicar. A segunda é mais flexível e, conseqüentemente, mais capaz de criar um quadro racional de deliberação.

4.2.1.4. Não abrangidas por uma proibição absoluta do meio

No momento próprio demonstrámos que a circunstância de o meio não ser objeto de uma proibição absoluta é um *requisito* de aplicabilidade da proibição do excesso¹⁹⁷⁴. Se o meio for absolutamente proibido, não pode ser adotado pelo

¹⁹⁷¹ *Supra*, capítulo 8, 1.5.

¹⁹⁷² V. Šušnjar, *Proportionality...*, p. 124, invocando a jurisprudência do TC alemão.

¹⁹⁷³ Cfr., sobre isto, Ávila, *Teoria...*, 7ª ed., p. 171.

¹⁹⁷⁴ Cfr. *supra*, capítulo 11.

legislador, não cabendo a aplicação da proibição do excesso. Se o legislador o adotar, a norma legislativa em que ele se consubstancia é inválida. Este postulado repercute-se em todos os meios potencialmente alternativos.

4.2.1.5. Financeiramente sustentáveis

4.2.1.5.1. Fator financeiro como limite interno ou como limite externo

Discute-se se as medidas que representam encargos financeiros diferenciados podem ser consideradas alternativas para efeitos da aplicação do segmento da necessidade.

São recorrentes as situações em que o legislador deve respeito ao princípio da proibição do excesso e está simultaneamente condicionado pelo *fator financeiro*¹⁹⁷⁵, isto é, por uma diretiva de eficiência económica, de contenção financeira ou, mais abstratamente, de prossecução ótica dos interesses financeiros da comunidade. Designamos por *fator financeiro* o condicionamento derivado da escassez de recursos orçamentais, articulado com o interesse da alocação racional de recursos.

A proibição do excesso busca a sua raiz na Constituição e/ou na lei, enquanto as diretivas de eficiência económica, de contenção ou de prossecução ótica de interesses gerais resultam, as mais das vezes, de opção política ou ideológica, de constrangimentos práticos insuperáveis ou até de compromissos internacionais ("Tratado Orçamental", Pacto ou Programa de Estabilidade e Crescimento, Programa de Assistência Externa Financeira), podendo contudo encontrar-se amarras mais ou menos próximas na própria Constituição ("regra de ouro" sobre o défice orçamental, já consagrada noutras Constituições) e na lei.

¹⁹⁷⁵ A preservação dos interesses financeiros do Estado, o equilíbrio orçamental, a sanidade ou sustentabilidade das contas públicas, o dispêndio equilibrado dos recursos públicos, são normalmente entendidos como *fins legítimos*, suscetíveis de justificar interferências em direitos: v., por todos, **Barak, Proportionality...**, pp. 339 ss. Na presente rubrica não é essa questão que está em causa.

A interseção entre o fator financeiro e alguns dos segmentos da proibição do excesso (necessidade e proporcionalidade e.s.e.) suscita discussão¹⁹⁷⁶. Interessa neste capítulo a interseção com a necessidade.

Suponha-se que existem as alternativas *M1*, *M2* e *M3* e que todas asseguram a mesma intensidade de satisfação dos fins visados pelo legislador. *M1* implica um alto grau de interferência e um baixo dispêndio de recursos. *M2* implica um grau médio de interferência e um médio dispêndio de recursos. *M3* implica um grau baixo de interferência e um muito elevado dispêndio de recursos, que pode ser considerado objetivamente inoportável para o orçamento.

Um juízo sobre a necessidade que ignorasse o fator financeiro apontaria para a não necessidade de *M1* e *M2* e para a adoção de *M3*, uma vez que, assegurando uma intensidade de satisfação idêntica às demais, é a medida menos interferente. Todavia, a orientação predominante da doutrina e da jurisprudência corre no sentido inverso, atribuindo relevância a esse fator: uma medida que absorve mais recursos deve ser considerada mais restritiva ou, em alternativa, não pode ser considerada tão efetiva como outra que requer menos recursos¹⁹⁷⁷.

Para ver de que modo esse fator se repercute na metódica da necessidade, é necessário distingui-lo enquanto *limite interno* ou *externo* à proibição do excesso.

4.2.1.5.1.1. Fator financeiro como limite interno

No primeiro caso, o fator financeiro funciona como limite às alternativas disponíveis: na avaliação dos meios alternativos, além de se considerarem os bens, interesses ou valores subjetivos afetados, considera-se o modo como cada um se repercute nos *interesses financeiros da coletividade* (vulgo, interesses dos contribuintes).

¹⁹⁷⁶ V., por exemplo, **Borowski**, *Grundrechte...*, 1.^a ed., pp. 117-118; *idem*, 2.^a ed., p. 189. Embora sem desenvolver o tópico, **Novais**, *As restrições...*, p. 746, parece admitir a consideração de aspetos orçamentais e de custos financeiros.

¹⁹⁷⁷ Assim, **Möller**, «Proportionality...», p. 714.

4.2.1.5.1.2. Fator financeiro como limite externo

No segundo caso, o fator financeiro é considerado fora da estrutura da proibição do excesso. As várias alternativas disponíveis são consideradas sem inclusão desse fator, comparando-se a intensidade de satisfação e a intensidade de interferência de cada uma delas. Depois de aferida a necessidade e a proporcionalidade e.s.e., isto é, depois de verificada a validade da medida à luz do princípio da proibição do excesso, apura-se se o peso dos argumentos inerentes ao fator financeiro desfavoráveis à adoção dessa medida é suficiente para a desaconselhar e para obrigar à adoção de outra menos onerosa, não obstante eventualmente mais interferente. Subjacentemente, há uma ponderação entre o princípio da proibição do excesso (ou as consequências da sua aplicação) e o princípio da sustentabilidade financeira (ou as consequências da sua aplicação), cedendo um ou outro consoante as circunstâncias concretas.

4.2.1.5.1.3. Vantagem da consideração do fator financeiro como limite interno

Tomar o fator financeiro como limite externo exigiria duas sucessivas operações de ponderação: a(s) inerente(s) à metódica da proibição do excesso e outra já fora do estrito quadro da proibição do excesso. Nesta última seriam ponderados os efeitos normativos de satisfação de certos bens, interesses ou valores, previamente validados à luz do princípio da proibição do excesso e os bens, interesses ou valores da sustentabilidade financeira, ou fator financeiro. Todavia, nenhuma vantagem decorre da realização de vagas sucessivas de operações de ponderação. Nada obsta e tudo aconselha a que os bens, interesses e valores financeiros sejam tomados como *mais uns* a considerar no âmbito da aplicação dos segmentos da proibição do excesso, ou seja, como um fator *interno* à proibição do excesso.

4.2.1.5.2. Exclusão de alternativas que envolvam o emprego de meios exorbitantes

Mesmo considerando o fator financeiro *limite interno* da aplicação da proibição do excesso, nem todos os meios devem ser considerados alternativos. É consensual que um meio que implique uma interferência menos intensa nos direitos afetados mas envolva o emprego de meios inoportáveis, exorbitantes, ou incomensuravelmente mais elevados, nem sequer pode ser tomado como alternativo no contexto do segmento da necessidade¹⁹⁷⁸.

Não está em causa, simplesmente, tratar-se de uma interferência mais dispendiosa do que outras. Tem de ocorrer verdadeira e própria impossibilidade circunstancial de ser custeada ou inaceitabilidade da sua adoção, pela exorbitância do dispêndio. Uma alternativa que não seja comportável, isto é, que a alocação de recursos escassos através do orçamento não permita, não é uma alternativa real (tal como também não é alternativa real a que envolva recursos técnicos indisponíveis ou de difícil aquisição ou mobilização ou em geral impraticáveis)¹⁹⁷⁹. Significa isso que o legislador não está obrigado a considerá-la como alternativa disponível. Nessa medida, a existência de *M3* não condena *M1* e *M2* à invalidade por desnecessidade, apesar de *M3* ser a alternativa menos interferente.

4.2.1.5.3. Não exigência de neutralidade financeira

Há quem vá mais longe e sustente que, para que uma medida deva ser considerada alternativa disponível pelo legislador, tem de ser não apenas financeiramente comportável ou razoável, mas também financeiramente *neutra*. A necessidade compararia a intensidade de satisfação e de interferência das medidas alternativas, *ceteris paribus*. Por isso, para que uma medida deva ser considerada alternativa a outra, no contexto de uma avaliação da necessidade, deve ter um impacto

¹⁹⁷⁸ Borowski, *Grundrechte...*, p. 117; Pulido, *El principio...*, p. 747; Zorrilla, *Conflictos...*, p. 267. Esta orientação é seguida também pela jurisprudência alemã (cfr. BVerfGE pp. 77, 84, 110 ss., *apud* Borowski, *ob. e loc. cit.*).

¹⁹⁷⁹ Sobre isto, Clérico, *El examen...*, p. 112; Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, p. 748.

orçamental ou encargos para o erário público *não superiores*. Mesmo que o custo do meio alternativo não seja desrazoável ou inaceitavelmente mais elevado - é simplesmente mais elevado -, também pode ser liminarmente excluído pelo legislador como alternativa, não obstante a circunstância de o maior dispêndio de meios ter como contrapartida a menor afetação de bens, interesses ou valores, designadamente direitos¹⁹⁸⁰.

Significa isso que o princípio da proibição do excesso - particularmente o segmento da necessidade - não inibe o legislador de optar por um meio que não é o menos interferente entre os igualmente ou superiormente satisfatórios, *mas é o menos dispendioso* entre os igual ou superiormente satisfatórios. Deste ponto de vista, apesar de *M2* representar um grau de interferência inferior a *M1*, a circunstância de originar um dispêndio de recursos superior ao decorrente de *M1* implica que *M2* não tenha de ser considerada pelo legislador como alternativa, não determinando, portanto, o segmento da necessidade a sua adoção e não podendo a opção por *M1* ser considerada violadora do princípio da proibição do excesso.

Manifestações desta orientação têm alguma expressão na literatura¹⁹⁸¹ e na jurisprudência¹⁹⁸². Sem embargo, ela parece demasiado rígida. Não se vê motivo para excluir liminarmente, sem qualquer ponderação, que meios menos interferentes mas mais dispendiosos devam ser considerados como alternativos para efeitos da aplicação do segmento da necessidade.

¹⁹⁸⁰ Vale a síntese de **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 457: a necessidade não pode inibir ou impedir o Estado de cobrar menos impostos, em vez de mais. Não pode exigir que o Estado faça mais, gaste mais, desembolse mais, sobrecarregue outros.

¹⁹⁸¹ Cfr. **Alexy**, «Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección», p. 130, admitindo a preterição do meio mais dispendioso, pelo menos quando envolva custos *consideravelmente mais elevados*; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 189; **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 174; **Barak**, *Proportionality...*, pp. 324-325, que, citando jurisprudência sul-africana, sustenta que o segmento da necessidade não pode constituir pretexto para a escolha forçosa da medida menos lesiva se esta implicar maior dispêndio ou esforço financeiro do Estado. A medida menos lesiva só poderia ser considerada como alternativa se o direito intervencionado fosse menos afetado, mantendo-se inalteradas as demais variáveis, designadamente o custo. Consequentemente, o segmento da necessidade não impede o legislador de adotar a medida mais lesiva, que seja orçamentalmente menos dispendiosa do que outra menos lesiva. A adoção do meio mais interferente, nestas circunstâncias, poderia apenas esbarrar com dificuldades adicionais de superação do teste da proporcionalidade e.s.e.

¹⁹⁸² No caso *Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE* (2002), julgado pelo Supremo Tribunal do Canadá, o Tribunal entendeu que a norma que atrasava o aumento dos vencimentos dos empregados públicos do sexo feminino não era inconstitucional, uma vez que esse aumento implicaria custos que determinariam a não prossecução de outros programas educacionais, sociais e económicos (cfr. **Hickman**, «Proportionality...», p. 44).

4.2.1.5.4. Vias para a consideração do fator financeiro na metódica da necessidade

Do ponto de vista metódico, há duas vias para se considerar o fator financeiro no âmago da metódica da proibição do excesso: (i) a consideração separada e (ii) a consideração agregativa.

4.2.1.5.4.1. Consideração separada

A primeira consiste na apreciação *separada* das intensidades de interferência das medidas alternativas e dos respectivos custos.

Por exemplo, comparam-se *M1* e *M2*, igualmente eficientes para atingir o fim da concessão da construção e exploração de um troço de autoestrada.

M1 implica a demolição de aldeias históricas e a expropriação de alguns pequenos proprietários, isto é, uma interferência em bens, interesses ou valores patrimoniais, culturais e históricos subjetivados (e alguns coletivos), envolvendo um determinado dispêndio de recursos financeiros.

M2 implica uma interferência menor nos referidos bens, interesses ou valores, mas envolve um dispêndio de recursos maior, devido à maior complexidade da obra.

Vigorando à partida uma regra de prevalência do critério da menor intensidade da interferência, deveria ser adotada *M2*. Vigorando antes o critério do fator financeiro, deveria ser adotada *M1*.

Todavia, em vez da simples subsunção a uma regra, pode preconizar-se a realização de uma operação de contrapeso dos resultados da aplicação dos dois critérios, com vista a definir qual o que prevalece no caso concreto. Isso resume-se na seguinte questão: o que se obtém com *M2*, em termos de menor interferência, compensa ou justifica o acréscimo de dispêndio de recursos em relação a *M1*? Se a resposta for positiva - o peso da preservação ou não perturbação dos bens, interesses ou valores

subjetivados supera a relevância ou importância do superior dispêndio de recursos -, o segmento da necessidade postula a adoção de *M2*, a medida menos interferente. Se a resposta for negativa - a menor interferência não justifica o acréscimo de dispêndio -, o segmento da necessidade não postula a adoção de *M2*, apesar de ser menos interferente.

Acrescente-se que, uma vez que o segmento da necessidade (e, mais latamente, o princípio da proibição do excesso) não visa salvaguardar o fator financeiro, também não se pode dizer que dele decorre que o legislador deva adotar *M1*, a medida menos dispendiosa. Neste caso, o segmento da necessidade desempenha uma função neutral, não se intrometendo na liberdade de conformação do legislador, o que significa que não impede que escolha *M1* ou *M2*.

Esta primeira opção metódica, da *ponderação* dos resultados da aplicação dos critérios da intensidade da interferência e da importância dos recursos financeiros, levanta uma dúvida: a questão dirime-se no quadro da necessidade ou da proporcionalidade e.s.e.?

Quem entenda que o segmento da necessidade não comporta operações de ponderação¹⁹⁸³, tende a considerar que a ponderação do fator financeiro é exclusivamente uma questão a ser dirimida em sede de proporcionalidade e.s.e.¹⁹⁸⁴. Uma operação de contrapeso no contexto da necessidade teria como consequência que ainda antes do exame da proporcionalidade e.s.e. se efetuassem complexas valorações. Isto contrariaria a *ratio* do exame da adequação e da necessidade, que pretendem, de forma simples, intersubjetivável e convincente, mediar a decisão sobre a racionalidade finalística interna (*interne Zweckrationalität*) dos atos do Estado¹⁹⁸⁵.

Ora, essa orientação não colhe. Nesta situação, a operação de ponderação é *instrumental* (ou incidental) em relação à operação central da necessidade, a comparação entre alternativas para decidir sobre a necessidade de uma delas. Não se vê como resolver uma questão *instrumental* ao teste intermédio da necessidade apenas no âmbito do teste final, da proporcionalidade e.s.e.

¹⁹⁸³ Assim **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 189.

¹⁹⁸⁴ Cfr. **Alexy**, *Teoria...*, 2.^a ed., p. 529; *idem*, «Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección», p. 130.

¹⁹⁸⁵ São estes os fundamentos invocados por **Borowski**, *Grundrechte...*, p. 118, para se pronunciar contra a inclusão desta operação de ponderação na estrutura da necessidade.

Nesta hipótese, a estrutura do segmento da necessidade incorpora, portanto, um momento ponderativo¹⁹⁸⁶. Não é o único caso em que isso sucede, como se verificará.

4.2.1.5.4.2. Consideração agregativa

A segunda opção consiste também na comparação das *intensidades de interferência* de diferentes alternativas, como é próprio do segmento da necessidade. Mas, para comparação da intensidade de interferência de umas em relação às outras consideram-se *agregadamente* todos os bens, interesses ou valores potencialmente afetados, incluindo os interesses financeiros da comunidade. Em vez de a intensidade da interferência em bens, interesses ou valores e o interesse financeiro serem colocados em "pratos" opostos da "balança", para serem contrapesados, agregam-se no mesmo "prato", para avaliar a intensidade da interferência em bens, interesses ou valores inerente à medida, com vista à confrontação com as alternativas. Assim, para avaliar a intensidade de interferência de *M1* consideram-se os bens, interesses ou valores por ela afetados, *incluindo* o interesse financeiro; o mesmo para *M2*.

Nesta hipótese agregativa desenrola-se a metodica típica da aplicação da necessidade: *valoração* das intensidades de interferência de cada medida alternativa pelo menos igualmente eficiente, *ponderação bilateral* ou *multilateral* para determinar qual das interferências é globalmente mais pesada e mais leve, *opção* obrigatória por esta última, se existir. A atipicidade resulta de, para essa medição da intensidade da interferência, contarem não apenas os sacrifícios impostos a bens, interesses ou valores subjetivos, como é próprio da proibição do excesso, mas também os sacrifícios impostos aos interesses financeiros do Estado. É certo que, presumivelmente, a maior onerosidade do ponto de vista dos custos financeiros contribui para que o meio seja considerado mais intensamente interferente em bens, interesses ou valores do que outros menos onerosos. Mas

¹⁹⁸⁶ Möller, «Proportionality...», p. 714, por razões de "clareza estrutural", mostra preferência pela consideração do fator financeiro em sede de proporcionalidade e.s.e., a solução favorecida na Alemanha, mas reconhece que o tratamento do tema em sede do segmento da necessidade é a orientação seguida no Canadá.

pode suceder que a superior onerosidade seja compensada pela menor intensidade de interferência em outros bens, interesses ou valores. Por isso não é impossível que a medida mais dispendiosa para o erário público seja aquela que se apresenta como globalmente menos interferente entre as capazes de atingir o nível de satisfação pretendido pelo legislador. Nessas circunstâncias o segmento da necessidade aponta para a sua adoção.

4.2.1.5.4.3. Indiferença da opção pela consideração separada ou agregativa

Não se vislumbra que os resultados da ponderação possam sofrer discrepâncias significativas consoante se adote a metodologia separada ou agregativa.

O que importa é que ambas permitem um resultado recusado por boa parte da doutrina: a possibilidade de medidas mais onerosas ou mais dispendiosas para o erário público, mas menos interferentes em bens, interesses ou valores subjetivados, serem consideradas alternativas em sede do segmento da necessidade e de, em última análise, o legislador estar vinculado a considerar necessária uma alternativa que, de acordo com a ponderação realizada, vê a sua superior onerosidade compensada pelo decréscimo de intensidade de interferência.

4.2.1.5.5. Limites ao poder do juiz constitucional

A circunstância de a proibição do excesso como norma de ação ter este conteúdo normativo dirigido ao legislador não significa que ela tenha exatamente o mesmo conteúdo normativo quando se transmuta em norma de controlo, dirigida ao juiz constitucional.

No momento próprio voltaremos ao tema¹⁹⁸⁷. Por agora, basta antecipar que a circunstância de o legislador não poder descartar uma alternativa menos interferente simplesmente por ela não ser financeiramente neutra, sendo antes

¹⁹⁸⁷ *Infra*, capítulo 19.

obrigado, ao abrigo do segmento da necessidade, a ir mais longe na ponderação de todos os bens, interesses ou valores em presença, não tem a automática consequência de conferir ao juiz constitucional o poder de controlar, anular e substituir, em qualquer circunstância, as valorações do legislador.

4.2.1.6. Comparáveis

A questão da comensurabilidade e da comparabilidade é central nos segmentos da necessidade e da proporcionalidade e.s.e. Quando estudarmos a operação ponderativa em que esta última se materializa, teremos oportunidade de distinguir incomensurabilidade e incomparabilidade e de aprofundar o conceito de comparabilidade. No âmbito do segmento da necessidade o tema da comparabilidade é menos complexo para quem, alegando limitações estruturais do segmento, não vá além da sua aplicação nos *casos fáceis*. Os casos fáceis são aqueles que impõem a comparação de alternativas que envolvem diferentes interferências num bem, interesse ou valor titulado por *um mesmo e único* universo subjetivo¹⁹⁸⁸. Como veremos de seguida, preconizamos uma orientação menos defensiva e menos simplificadora¹⁹⁸⁹.

4.2.1.6.1. Em especial: conceções restritivas e conceções ampliativas da comparação

4.2.1.6.1.1. Conceções restritivas

Para as *conceções restritivas*, só um núcleo *circunscrito* de alternativas de meios conhecidos e determináveis, adequados, pelo menos igualmente eficientes, não proibidos e financeiramente sustentáveis é comparável no âmbito da apreciação da necessidade. As conceções restritivas partem da imperatividade da simplificação do

¹⁹⁸⁸ V. Alexy, *Theorie...*, p. 101; Borowski, *Grundrechte...*, p. 118.

¹⁹⁸⁹ Rejeitando também uma tese simplista, embora sem desenvolver, Möller, «Proportionality...», p. 715; v., também, Hickman, «The Substance...», p. 711.

modelo. Fora de um quadro simplificado, o segmento da necessidade não é exequível, pelo que é imperativo simplificar¹⁹⁹⁰.

As concepções restritivas tanto podem assumir índole *subjetivista* como *objetivista* ou, no limite, simultaneamente subjetivista e objetivista.

4.2.1.6.1.1.1. Conceção restritiva de índole subjetivista

A concepção restritiva de índole subjetivista defende que duas ou mais alternativas de meios só são comparáveis quando incidem potencialmente sobre o mesmo universo subjetivo, seja este constituído por uma pessoa, um grupo de pessoas ou a coletividade globalmente considerada (com qualquer grau de interferência). Meios que onerem *núcleos subjetivos* distintos não são comparáveis no contexto da apreciação da necessidade¹⁹⁹¹.

Um exemplo: não seriam comparáveis, para efeitos do segmento da necessidade, a alternativa de diluição dos encargos resultantes da diminuição do défice orçamental por todos os contribuintes e a alternativa de imposição de medidas de corte de salários e de pensões às pessoas que prestam trabalho na Administração Pública e aos pensionistas. Uma vez que os universos subjetivos abrangidos pelas duas

¹⁹⁹⁰ Pirker, *Proportionality...*, p. 29.

¹⁹⁹¹ Defende esta doutrina Hirschberg, *Der Grundsatz...*, pp. 66 ss. O autor ilustra a sua impositação através de um caso da jurisprudência do *BVerfG*: a decisão sobre a manutenção de um aprovisionamento mínimo de petróleo (*Mineralölbevorratungspflicht*), in *BVerfGE* 30, pp. 292 ss., Foi movida queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra um conjunto de normas que obrigavam um número restrito de operadores do ramo dos produtos petrolíferos a manter um aprovisionamento mínimo de petróleo. Os queixosos, entre outros argumentos, invocavam que o objetivo da medida seria atingido com maior eficiência e menor lesão se o grupo sacrificado tivesse sido outro que não o deles próprios. O tribunal recusou o argumento, aparentemente por não haver prova de que a alternativa seria igualmente eficiente (*BVerfGE*, pp. 321 ss.). Hirschberg sustenta que mesmo que assim não fosse, o subprincípio da necessidade não pode ser invocado como justificação da compressão de direitos fundamentais não atingidos inicialmente pelo ato, pelo que o Tribunal teria de se limitar a averiguar se haveria ou não uma medida alternativa, incidente sobre o mesmo grupo e igualmente adequada, mas menos lesiva. Confluyente, Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, p. 757, alegando que não é ao Tribunal Constitucional, mas sim ao legislador, que cabe decidir se os encargos devem ser suportados por um grupo de cidadãos ou por outros (argumento que parece mais próprio de um debate sobre as competências do juiz constitucional em sede de fiscalização do princípio da *igualdade*); no mesmo sentido, Paulo Branco, *Juízo de ponderação...*, p. 175. Barak, *Proportionality...*, pp. 326-327, aqui e em outras situações, opta por sobrecarregar o segmento da proporcionalidade e.s.e. para ultrapassar as deficiências que essas concepções inevitavelmente comportam.

hipóteses – diluição por todos os contribuintes ou oneração apenas de um grupo – são distintos, a conceção restritiva subjetiva rejeitaria que as duas alternativas fossem comparáveis. Neste prisma, a preferência pelo sacrifício de um universo em vez de outro(s) poderia, quanto muito, ser analisada à luz do princípio da igualdade¹⁹⁹².

4.2.1.6.1.1.2. Conceção restritiva de índole objetivista

A conceção restritiva de índole objetivista sustenta que só são comparáveis para efeitos do juízo de necessidade as alternativas que afetem os *mesmos* bens, interesses ou valores¹⁹⁹³ – *maxime* as mesmas posições jurídicas subjetivas ou segmentos de um mesmo direito fundamental –, independentemente de os sujeitos afetados serem ou não os mesmos em cada alternativa.

Tomemos um exemplo, inspirado no emblemático *Korematsu v. United States* (1944): em situação de guerra, uma alternativa era restringir a liberdade de deslocação e de residência de cidadãos de ascendência japonesa, proibindo-os de residir numa certa parte do território americano (litoral oeste), para evitar a sua colaboração com o inimigo do momento; outra alternativa era restringir a liberdade de contactar com o exterior a todos os cidadãos residentes naquela área geográfica, independentemente da sua origem étnica. De acordo com esta conceção restritiva objetivista, o facto de as duas alternativas envolverem universos diferentes não seria impeditivo da comparação. Mas a circunstância de estarem em causa direitos e posições jurídicas subjetivas distintas (a liberdade de deslocação e residência, no primeiro caso, as liberdades de expressão, comunicação e informação, no segundo) já o seria.

¹⁹⁹² Hirschberg, *Der Grundsatz...*, pp. 71-72.

¹⁹⁹³ Rivers, «Proportionality and the Variable...», p. 201 ("o teste da necessidade requer apenas a definição das posições ordinais no contexto de um valor"); Pirker, *Proportionality...*, p. 29.

4.2.1.6.1.1.3. Combinação de concepções restritivas subjetivistas e objetivistas

A combinação entre as teses restritivas objetivistas e subjetivistas numa terceira hipótese, *subjetiva/objetiva*, é teoricamente possível. A sua adoção reduz significativamente o elenco potencial de medidas alternativas, uma vez que a diferenciação se pode fazer quase só através de indicadores quantitativos de intensidade. Por exemplo, para esta concepção drasticamente restritiva seriam alternativas a cominação legal de um crime com pena de prisão de 25 anos, ou com pena de prisão de 15 anos: o universo subjetivo potencial é o mesmo, o bem, interesse ou valor potencialmente sacrificado (o direito à liberdade) é o mesmo, só variando a intensidade da reação penal.

4.2.1.6.1.2. Conceções ampliativas

As *concepções ampliativas* podem assumir várias configurações. Nas versões mais extremas, são aceites, como alternativas, meios que atingem bens, interesses ou valores discrepantes, com todo o tipo de intensidades, afetando, designadamente, universos subjetivos distintos, com duração e cobertura geográfica diversos.

4.2.1.6.1.3. Adoção de posição intermédia, não excludente de variações limitadas, subjetivas e objetivas

Duas advertências se impõem preliminarmente.

Por um lado, na maior parte dos casos não cabe a consideração de alternativas com variações subjetivas e/ou objetivas, simplesmente porque essas variações obstam, à partida ou por natureza, a que os fins visados pelo legislador possam ser atingidos com a mesma intensidade. Se o legislador pretende contrariar a possibilidade de ataques terroristas perpetrados em aeronaves de passageiros, não pode deixar de

adotar medidas que restrinjam a *liberdade do universo de passageiros*. Qualquer medida alternativa que afete outros bens, interesses ou valores e outros universos pode eventualmente traduzir-se num reforço da eficiência daquelas, *mas nunca substituí-las* com igual eficiência.

Por outro lado, há que ter em conta a distinção entre situações de *disjuntividade* e de *complementaridade* das medidas alternativas. Voltaremos ao tema.

Todavia, de não ser fácil encontrar medidas com variações subjetivas e objetivas que tenham carácter verdadeiramente substitutivo não decorre forçosamente que não existam. Nessa circunstância, tem de se definir em que termos, e com que limites, podem ser admitidas ao grupo de alternativas disponíveis. A resposta passa por neutralizar alguns dos excessos das concepções ampliativas e restritivas.

Primeiro, importa evitar excessos da concepção ampliativa. A comparação entre meios que envolvam interferências em diversos bens, interesses ou valores em simultâneo e não apenas num, consentida pelas concepções ampliativas, torna-se crescentemente complexa à medida que aumente a diversidade, até atingir, eventualmente, um limiar de inexequibilidade. Esta inexequibilidade acentua-se se cada um dos meios alternativos afetar diferentes universos subjetivos (não apenas dois, mas quatro, cinco, dez). Não pode deixar de haver um limite. As teses radicalmente ampliativas são inexequíveis.

Segundo, não se pode cair nas versões extremas das teses restritivas. Designadamente, não é convincente a que exige *identidade plena* dos bens, interesses ou valores e do universo subjetivo afetados.

Desde logo, não parece haver argumentos decisivos contra a comparabilidade de meios alternativos que interfiram exatamente nas mesmas posições jurídicas subjetivas decorrentes de um direito fundamental, embora com incidência subjetiva diferenciada. Neste caso, as posições jurídicas ou segmentos atingidos são exatamente os *mesmos*, mas os sujeitos jurídicos atingidos variam. Talvez a comparação conclua quase sempre pela igual intensidade de interferência dos meios – particularmente se realizada de acordo com o padrão do portador médio – , mas isso não desmente, antes confirma, a possibilidade de comparação.

Uma forma de o ilustrar pode ser a adaptação do caso dos coelhos de Páscoa de chocolate, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão. Em julgamento estava a medida (M1) de proibição da comercialização de coelhos de Páscoa que, embora

contivessem cacau, eram essencialmente constituídos por outros ingredientes. O fim da medida (*F*) era a proteção dos interesses do consumidor, evitando decisões de compra baseadas em pressupostos erróneos sobre a composição dos produtos (*P1*). O Tribunal entendeu que *F* seria atingido com a mesma eficácia, mas com menos sacrifício da liberdade de profissão e de iniciativa dos produtores (*P2*), se, em vez da proibição de circulação no mercado, fosse introduzida a obrigação de os produtores informarem claramente os consumidores sobre a composição dos produtos através da rotulagem (*M2*)¹⁹⁹⁴. Ora, é concebível que *M2* também fosse, ela própria, muito onerosa ou impossível para os produtores, por os coelhos de Páscoa serem, por exemplo, destinados a comercialização a granel, ao peso, sem embalagem (pense-se nas lojas de "gomas" tão apreciadas pelas crianças). Uma alternativa igualmente (ou mais) eficiente na defesa dos consumidores, menos onerosa para os produtores do que *M1* ou *M2*, seria, nomeadamente, a obrigação de os *comercializadores* colocarem avisos apreensíveis pelos consumidores no próprio recipiente ou local em que estes selecionam o produto (*M3*). Ou seja, *M3* atingiria também *F* e protegeria igualmente *P1*, mas afetaria um universo subjetivo diferente do afetado por *M1* e *M2*.

Por outro lado, mesmo as alternativas de meios que incidam sobre *diferentes posições jurídicas subjetivas* podem ser comparáveis. Todavia, mude ou não o universo subjetivo afetado, quando diverjam as posições jurídicas subjetivas tocadas por cada alternativa, isso implica inevitavelmente que a operação comparativa tenha de recorrer à ponderação e a argumentos *valorativos*, isto é, argumentos sobre o *peso* e *importância* de cada uma das posições jurídicas subjetivas afetadas por cada um dos meios alternativos.

Na primeira linha, estão as situações em que as alternativas envolvem diferentes posições jurídicas subjetivas decorrentes do mesmo direito fundamental. Tal como são comparáveis as alternativas que interferem com diferentes intensidades nas *mesmas posições subjetivas* decorrentes de um único direito fundamental (como não podem deixar de admitir as teses mais restritivas¹⁹⁹⁵), também são comparáveis

¹⁹⁹⁴ *Schokoladenosterhase* (BVerfGE 53, pp. 135 ss.), um dos exemplos usados por Alexy, *Teoria...*, 2.^a ed., p. 526. Seria possível discutir se é plausível que a rotulagem do produto (*M2*) protege os consumidores tanto quanto a proibição de comercialização (*M1*), como foi entendimento do Tribunal.

¹⁹⁹⁵ V., por exemplo, *Pirker, Proportionality...*, p. 30, notando que já nesse caso se exige um maior nível de argumentação moral do que o requerido na adequação.

as alternativas que interferem em diferentes posições jurídicas subjetivas derivadas desse direito (tenham ou não graus de fundamentalidade equivalentes¹⁹⁹⁶). Se as várias alternativas envolvem o mesmo universo subjetivo – isto é, atingem posições jurídicas subjetivas dos *mesmos sujeitos* –, isso é indisputável. Quer a comparação das interferências em termos *analíticos* (ou seja, a consideração dos argumentos extraídos da própria estrutura e âmbito de proteção do direito), quer a comparação em termos *normativos* (ou seja a *ponderação comparativa*, que se traduz na atribuição de peso ou importância a cada uma das posições jurídicas subjetivas ou segmentos do direito)¹⁹⁹⁷, terão como referência e ponto de partida uma base comum, constituída por *um único* direito fundamental, e o sacrifício *de um único* conjunto de destinatários.

Onde nos deparamos com maiores dificuldades, aí residindo a fratura doutrinal mais vincada, é quando se coloca a questão da possibilidade de comparação entre meios alternativos que envolvam posições jurídicas subjetivas decorrentes de *diferentes direitos*. As dificuldades já são evidentes quando as medidas alternativas afetam o mesmo universo subjetivo e aumentam, naturalmente, quando afetam universos subjetivos diversos.

Deixa-se aqui aberta a porta a uma visão *moderadamente ampliativa* do critério de seleção dos meios comparáveis para efeitos da observância do segmento da necessidade. A orientação moderadamente ampliativa quanto ao objeto mediato da comparação é acalentada por um argumento “amigo dos direitos e interesses fundamentais”: quanto maior for o leque das alternativas adequadas consideradas, maiores são as hipóteses de ser encontrado e adotado um meio menos interferente¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁶ V. a exposição desta possibilidade em **Pulido, *El principio de proporcionalidad...***, pp. 752 ss. A questão da ponderação comparativa já se coloca quando as diferentes medidas alternativas tocam diferentes manifestações de *um mesmo direito*, com diferente *fundamentalidade* ou *significado*, afetando um mesmo universo subjetivo. Já aí tem de haver uma operação de atribuição de peso à importância ou significado de cada uma dessas manifestações, de modo a poder decidir, numa perspectiva de necessidade, qual das medidas alternativas é menos benigna por afetar mais drasticamente o direito.

¹⁹⁹⁷ Distinguindo estas duas formas de comparação, **Pulido, *idem***, p. 753.

¹⁹⁹⁸ Fazendo eco deste argumento, por exemplo, **Clérico, *El examen...***, p. 106; *idem*, «Sobre la prohibición por acción...», p. 186. A autora parece partir de uma tese maximamente ampliativa quando diz que “todos os meios que possam fomentar o fim são candidatos ao exame do meio alternativo menos grave” (***El examen...***, p. 105). Todavia, em fórmula que se aplica apenas à necessidade como norma de controlo, acaba por aderir a uma solução que se pode traduzir, ou não, em resultados mais contidos que os do texto, já que atribui ao legislador, às partes no processo de

Assim, admite-se à cabeça a comparabilidade das alternativas que interferem (i) nas mesmas posições jurídicas subjetivas ou segmentos de um mesmo direito fundamental, do mesmo universo de pessoas. Estes são os chamados casos fáceis (ou menos difíceis, consoante a perspectiva e a confiança na racionalidade do juízo de necessidade¹⁹⁹⁹). Nesse panorama, o tipo de medida e os bens, interesses ou valores sacrificados *são exatamente os mesmos* em cada uma das alternativas, bem como as probabilidades de lesão. Os instrumentos de qualificação jurídica (o que são, juridicamente, os bens, interesses ou valores interferidos e como se qualifica a interferência), de medição quantitativa e qualitativa aplicáveis (quantas pessoas, que extensão, âmbito espacial, duração, importância da dimensão atingida) e de cálculo probabilístico (quão previsível e sustentável é o impacto efetivo da interferência), permitem, teoricamente, conclusões comparativas *objetivamente* fundadas.

Mas admite-se também a comparabilidade das alternativas que interferem (ii) nas mesmas posições ou segmentos de um mesmo direito fundamental de universos diferenciados de pessoas; (iii) em diferentes posições ou segmentos do direito fundamental, tenham ou não graus de fundamentalidade equivalentes, do mesmo universo de pessoas; (iv) em diferentes posições ou segmentos do direito fundamental, tenham ou não graus de fundamentalidade equivalentes, de universos diferenciados de pessoas.

Não se exclui liminarmente - mas vê-se com muito mais dificuldade - a possibilidade de comparação de (v) meios que interferem em diferentes posições jurídicas subjetivas, *maxime* direitos fundamentais – não apenas posições ou segmentos diferentes de um direito fundamental, como em (iii) –, do mesmo universo de pessoas.

Ainda com mais dificuldade se vê a possibilidade de comparação de (vi) meios que interferem em diferentes posições jurídicas subjetivas, decorrentes de diferentes direitos fundamentais, de diferentes universos de pessoas.

fiscalização e aos especialistas o poder de identificar as alternativas que o órgão de fiscalização da constitucionalidade aprecia. Porém, terá de haver um critério que introduza alguma delimitação.

¹⁹⁹⁹ Como se assinalou, uma conceção restritiva não irá além destes casos "fáceis". Aparentemente nesse sentido, **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen...», p. 149.

4.2.1.6.1.4. As críticas às ponderações comparativas no contexto da necessidade

Contra a orientação moderadamente ampliativa aqui proposta, podem invocar-se várias críticas, dirigidas, sobretudo (mas não só), à circunstância de ela introduzir *ponderações comparativas* na metódica da necessidade, ou seja, ponderações da importância ou peso atribuível a cada uma das *diferentes* posições jurídicas subjetivas atinentes ao direito em causa ou, mais acentuadamente, a cada uma das posições jurídicas subjetivas decorrentes de cada um dos *distintos* direitos fundamentais objeto de interferência.

Destacam-se três: (i) inexequibilidade, resultante da incomensurabilidade das diferentes posições jurídicas subjetivas; (ii) adulteração estrutural do segmento da necessidade; (iii) abertura à maior intrusão do controlo judicial no campo do legislador.

4.2.1.6.1.4.1. Inexequibilidade resultante da incomensurabilidade

A acrescida complexidade das situações comparativas que envolvem ponderações em relação àquelas que não as envolvam é clara: a comparação entre uma alternativa que interfira de modo altamente provável e intenso numa dimensão do direito à liberdade de um milhão de pessoas e outra que atinja ligeiramente a mesma dimensão do direito e afeta apenas vinte pessoas, garantindo ambas a mesma intensidade de satisfação, parece fácil (ressalvadas incidências concretas que a possam complicar). Já a comparação entre uma alternativa que interfira com alta probabilidade no direito à liberdade de um grupo de pessoas e outra que afete, com o mesmo grau de probabilidade, o direito de propriedade das mesmas ou de outro grupo de pessoas é mais difícil. Ao invés do que sucede no primeiro caso, no segundo é forçoso *valorar e contrapesar* as posições jurídicas concretamente envolvidas, decorrentes dos direitos fundamentais à liberdade e à propriedade.

Ora, alega-se que um cenário em que estejam em causa medidas que afetem diferentes posições jurídicas subjetivas não é apenas difícil, mas inexequível, dada, desde logo, a incomensurabilidade dessas distintas posições jurídicas subjetivas. Recai-se, assim, no tema da *incomensurabilidade* das posições jurídicas subjetivas afetadas por cada um dos meios alternativos, justamente um dos mais repetidos argumentos aduzidos contra a viabilidade de juízos racionais de proporcionalidade e.s.e. Assim sendo, de duas uma: ou esse argumento não é respondível no contexto da proporcionalidade e.s.e., e dificilmente o será no contexto da necessidade; ou esse argumento é superável no contexto da proporcionalidade e.s.e. e também é rebatível no da necessidade. A resposta tem, portanto, que aguardar as reflexões que faremos mais tarde²⁰⁰⁰.

4.2.1.6.1.4.2. Adulteração estrutural do segmento da necessidade

A possibilidade de valorações e ponderações no contexto da aplicação da necessidade é rejeitada pela parte significativa da doutrina que propende a ligar à necessidade apenas operações de natureza empírica, isto é, apreciações de facto traduzidas em diagnósticos e prognósticos²⁰⁰¹.

Uma das mais elaboradas tentativas de demonstração dessa orientação pertence a SCHLINK, que, anote-se, procura construir um princípio da proibição do excesso livre de ponderação (especialmente quando aplicado como norma de controlo).

O autor admite que a existência de um meio menos oneroso não pode ser determinada sem valorações. Mas daí não decorre nenhuma inevitabilidade de juízos valorativos do *autor da decisão* no contexto da aplicação da necessidade. As valorações que importam são as dos próprios indivíduos atingidos pelas medidas e não as do decisor. Havendo que apurar se um meio é mais leniente do que outro, o que o decisor tem de fazer é uma *apreciação de facto* sobre a valoração que os

²⁰⁰⁰ Capítulo 17.

²⁰⁰¹ V. os antes citados **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 175; **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», pp. 456 ss.; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 189; **Alexy**, *A Theory...*, pp. 414 ss.; **Brady**, *Proportionality...*, p. 72.

próprios afetados efetuam dos encargos inerentes a cada opção. Ao decisor não compete, nem se pede, uma valoração própria.

Isto é assim na decisão de casos concretos e quando se trata da feitura de normas jurídicas. Também aí, no cumprimento do segmento da necessidade, o legislador não tem de fazer mais do que realizar uma *apreciação de facto* sobre como os atingidos *valoram* os sacrifícios dos seus direitos provocados por cada uma das medidas alternativas. Neste contexto, o apuramento dessas valorações é mais difícil do que quando se trata de determinar as valorações de pessoas individualizadas. Mas, mesmo nesses casos, o que se continua a requerer são apreciações empíricas das valorações de terceiros e não valorações próprias ²⁰⁰².

A construção de SCHLINK é sedutora, mas não resiste a um olhar atento.

Primeiro e desde logo, assenta numa ficção improvável: a possibilidade de o legislador apurar com rigor o sentido das valorações efetuadas pela massa inevitavelmente plural dos destinatários das medidas de interferência.

Segundo, a ser viável, a construção de SCHLINK só poderia explicar o que sucede nas situações em que as várias medidas alternativas afetam exatamente o mesmo universo subjetivo de cidadãos. Só nessas circunstâncias poderia ficcionar-se que o legislador prescindiria da sua própria valoração e se renderia integralmente à valoração dos atingidos, tal como por ele intuída *empiricamente*. Todavia, essa possibilidade é inviável nas situações em que as medidas alternativas atingem diferentes universos subjetivos.

Imaginemos um exemplo. O legislador, pretendendo reduzir as emissões de gases poluentes nas grandes cidades, admite duas alternativas: *M1* consiste em proibir a circulação no centro das cidades de veículos com mais de 20 anos de registo; *M2* consiste em proibir a circulação de todos os veículos ligeiros aos domingos, qualquer que seja a sua idade. Admita-se que os cálculos realizados mostram que os veículos com mais de 20 anos são uma pequena minoria, embora sejam os mais poluentes, e que ambas as medidas implicarão previsivelmente a diminuição de emissões ao nível desejado. A averiguação *empírica* das valorações feitas pelos próprios atingidos permitirá seguramente apurar que os proprietários de veículos com mais de 20 anos entendem que *M2* é mais leniente. Em contrapartida, os

²⁰⁰² **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», pp. 456 ss.

proprietários de veículos (entre os quais estará uma minoria de proprietários de veículos com mais de 20 anos) entenderão em média que *M1* é menos drástica. Se a definição da medida necessária se faz *exclusivamente* com recurso às valorações dos atingidos, apuradas *empiricamente* pelo legislador, como resolver o dilema emergente de duas valorações contraditórias de universos parcialmente não coincidentes? A resposta: é inevitável que o legislador faça *a sua própria valoração* e contrapeso de todos os bens, interesses ou valores atingidos por cada uma das medidas alternativas. Daí pode resultar a conclusão de que não existe uma mais interferente do que outra, havendo, conseqüentemente, liberdade para optar por qualquer delas, sem choque com o segmento da necessidade, ou a conclusão de que uma é *objetivamente* mais sacrificial do que a outra, devendo ser preterida.

4.2.1.6.1.4.3. Abertura a maior intrusão na liberdade de conformação do legislador

Pode esgrimir-se outro argumento contra uma conceção ampliativa, particularmente na parte em que admite que se considerem alternativas disponíveis algumas que tenham por destinatários universos subjetivos diversos: isso, em última análise, confere ao juiz constitucional o poder de decidir se os encargos da promoção de um fim escolhido pelo legislador devem recair sobre este ou aquele grupo de cidadãos²⁰⁰³. Mas essa objeção, que, a ser verdadeira, seria judiciosa, é neutralizada se forem adotados pelo menos dois princípios: primeiro, o acantonamento do poder judicial a um mero controlo de evidência; segundo, a introdução de balizas que obstem a que o juiz constitucional possa alargar demasiado o espectro das medidas alternativas disponíveis (por exemplo, excluindo a possibilidade de considerar alternativas que requeiram complexas operações de ponderação)²⁰⁰⁴.

²⁰⁰³ Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, p. 757.

²⁰⁰⁴ *Infra*, capítulo 19.

4.2.1.6.1.5. As situações de disjuntividade e de complementaridade

Dentro dos casos difíceis, assume relevância particular a distinção entre situações de *disjuntividade* e situações de *complementaridade* das alternativas.

4.2.1.6.1.5.1. Disjuntividade

Retomemos, com ligeira reformulação e sem consideração do fator financeiro, o exemplo de *M1* e *M2*, igualmente eficientes para atingir o fim da concessão da construção de um troço de autoestrada: *M1* pressupõe um determinado traçado da via e afeta o direito de propriedade de alguns pequenos proprietários, na maioria não residentes (*P1*), e o princípio da proteção do património histórico e ambiental (*P2*); *M2* pressupõe outro traçado, afeta o direito de propriedade de outros pequenos proprietários (*P1*), o direito à iniciativa económica de alguns que exploram a agricultura ou indústrias instaladas nos terrenos a expropriar (*P3*), o direito à subsistência de outros (*P4*). Estas duas alternativas estão numa relação disjuntiva. O legislador ou adota uma ou a outra. Não se coloca a possibilidade de adotar *validamente* ambas, à luz do segmento da necessidade. A adoção das duas, em simultâneo, violá-lo-ia, porque a adoção de uma é, presumivelmente, suficiente para atingir o fim do legislador com a intensidade pretendida.

4.2.1.6.1.5.2. Complementaridade

Admita-se agora que o legislador pretende contrariar o fenómeno do recrutamento de combatentes jihadistas através da *internet* (*F*). Considera duas medidas: *M1* consiste em vigiar e sancionar penalmente todos aqueles indivíduos que utilizam reiteradamente motores de busca na *internet* para procurar notícias sobre *daesh*, *Al-qaeda* ou *jihad*. *M1* afeta o direito à informação (*P1*), o direito geral de liberdade (*P2*) e eventualmente outros bens, interesses ou valores. *M2* consiste em vigiar e

sancionar penalmente todos aqueles indivíduos que coloquem na *web* notícias, comentários, elogios, exortações, prédicas, fotografias ou vídeos com fins de propaganda relacionada com o *daesh*, a *Al-qaeda* ou a *jihad*. Esta alternativa interfere na liberdade de informar (*P3*), na liberdade de pensamento (*P4*), na liberdade de expressão (*P5*), na liberdade de criação (*P6*) e noutros bens, interesses ou valores. Neste caso o legislador, com vista a atingir *F*, pode adotar *M1* ou *M2*, mas também pode adotar *M1* e *M2*. Cabe na sua liberdade de conformação produzir apenas uma das medidas alternativas, ou ambas, conjuntamente. Não há uma relação de disjuntividade. O segmento da necessidade não obriga à adoção de apenas uma, mesmo que se possa dizer que uma é mais leniente do que a outra. O problema que a proibição do excesso coloca a essas situações de alternativas não disjuntivas é que o acréscimo marginal de eficiência provocado por alguma delas tende a ser mais reduzido do que se estivesse sozinha, dificultando a superação do teste da proporcionalidade e.s.e.

5. Os critérios de aplicação dos indicadores de intensidade

A intensidade de satisfação reporta-se por definição a bens, interesses ou valores públicos ou coletivos. A perspetiva em que o legislador se coloca para aferir essa intensidade é inevitavelmente objetiva.

Já quanto à intensidade de interferência, as conclusões sobre o que é *mais, menos ou tão interferente* podem variar se pusermos em contraste a avaliação objetiva e a perceção da interferência pelos respetivos destinatários²⁰⁰⁵. Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber se o legislador se deve colocar numa perspetiva que atenda a (i) um quadro de apreciação objetiva ou a (ii) um quadro de apreciação subjetiva.

O primeiro atende a referências objetivas. Referências objetivas são, designadamente, o peso ou importância abstrata do bem, interesse ou valor objeto

²⁰⁰⁵ Entre nós, alude a este aspeto Novais, *As restrições...*, p. 744. O autor invoca estas dificuldades de definição objetiva da medida menos lesiva para reforçar a sua tese de que também o teste da necessidade não prescinde de operações de *balancing*.

de interferência²⁰⁰⁶. A pretensão de racionalidade da proibição do excesso como instrumento de operações de harmonização é reforçada pela referência a relações de prevalência jusfundamentais constitucionalmente fundadas.

O segundo atende a referências subjetivas, designadamente à forma como os titulares dos bens, interesses ou valores que são objeto de interferência percebem, presumivelmente, essa interferência. Mas, mesmo no quadro das orientações subjetivistas, os resultados podem variar consoante se adote uma de duas perspetivas: (i) a da média dos destinatários da interferência ou (ii) a de alguns dos destinatários da interferência (por exemplo, os mais severamente atingidos).

É plausível que o legislador tenda a uma perspetiva essencialmente *objetiva*, condimentada pelo padrão de um *portador médio* dos direitos, sem consideração, a não ser excecionalmente, das perspetivas subjetivas específicas de indivíduos isolados ou de grupos de indivíduos concretamente atingidos²⁰⁰⁷.

Há argumentos de índole prática que justificam esta inclinação: devido a constrangimentos institucionais e temporais, o legislador é, presumivelmente, incapaz de abarcar todas as perspetivas subjetivas e todas as possibilidades de lesão concreta no espaço de tempo de que dispõe para produzir a medida²⁰⁰⁸.

Já quanto ao órgão de controlo, zelador da constitucionalidade, mas também dos direitos, fundamentais ou não, admite-se abertura a visões mais particularizadas da lesão, especialmente quando for chamado a intervir por iniciativa de particulares alegadamente lesados²⁰⁰⁹.

²⁰⁰⁶ Cfr. *supra*, capítulo 8, 2.2.

²⁰⁰⁷ A questão pode colocar-se de forma diferente se se tratar de um ato com destinatário(s) individualizado(s), como no caso das leis-medida. Diferentemente da tese do texto, mas incidindo particularmente no ângulo da fiscalização, **Pulido, *El principio de proporcionalidad...***, p. 757. Quer na fiscalização abstrata, quer na concreta, o ponto de vista a adotar para efeitos de definição do meio mais/menos interferente é o do(s) titular(es) do direito fundamental afetado pela lei e não o da comunidade em geral, a não ser que o meio alternativo, mais benigno na perspetiva dos afetados, afete outros direitos fundamentais de terceiros ou interesses gerais da comunidade, circunstância em que deve valer o juízo do legislador, sem que o juiz constitucional possa substituir-se; **Clérico, *El examen...***, pp. 130 ss.

²⁰⁰⁸ Embora não adira a estas orientações *objetivistas*, v. esta discussão em **Clérico, *El examen...***, p. 130.

²⁰⁰⁹ Particularmente quando o lesado autor da iniciativa seja capaz de oferecer um meio *intercambiável*, isto é, um meio igualmente eficiente menos interferente e que não afete mais os interesses gerais: cfr. **Clérico, *El examen...***, p. 140, invocando a doutrina de **Klaus Grupp**, «Das Angebot des anderen Mittels», *cit.*

6. Exigibilidade de um juízo de proporcionalidade e.s.e. das alternativas?

Para que uma alternativa possa ser considerada disponível pelo legislador, deve este realizar um juízo de proporcionalidade e.s.e. sobre ela? Embora essa eventualidade pareça ser admitida por alguns autores²⁰¹⁰, ela não é pertinente na perspectiva da metódica legislativa e tão pouco o é do ponto de vista da metódica do controlo da proibição do excesso.

Na perspectiva do legislador - embora, na prática, possa ser difícil distinguir os vários momentos aplicativos da proibição do excesso -, nada justifica teórica e analiticamente a fusão desses momentos aplicativos. Metodicamente, o que é pertinente no âmbito da avaliação da necessidade é o desvendamento de qual a medida menos interferente entre as equivalentemente eficientes.

Do ponto de vista da metódica do controlo judicial, também não se impõe ao juiz constitucional que, para declarar uma medida não necessária, tenha de verificar antecipadamente se a medida alternativa *menos interferente* é compatível com o segmento da proporcionalidade e.s.e. Mesmo que se possa encontrar aí utilidade *pedagógica* ou de *aviso*, a benefício do legislador que de futuro queira retomar o tratamento legislativo do tema, esse exame, se não for considerado ilegítimamente interventivo na margem de apreciação do legislador, só pode ser considerado meramente facultativo e nunca condição *sine qua non* da declaração da não necessidade de uma norma.

7. Os objetivos e os resultados possíveis da comparação

Nem todas as alternativas disponíveis são elegíveis.

O objetivo da comparação das alternativas disponíveis é delimitar as alternativas disponíveis elegíveis e as alternativas disponíveis não elegíveis. As alternativas disponíveis *elegíveis* são aquelas que o legislador pode (em alguns casos, deve)

²⁰¹⁰ V. Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité...*, p. 209, reportando-se ao contexto da aplicação da CEDH.

adotar com respeito pelo segmento da necessidade. As alternativas disponíveis *não elegíveis* são aquelas que, se forem adotadas, violam o segmento da necessidade.

A primeira questão que se coloca é a de saber se (i) o segmento da necessidade consente *apenas uma* alternativa elegível ou se admite que o legislador possa escolher livremente entre várias.

Foram elencados vários indicadores que presidem à comparação das intensidades de satisfação e de interferência. A conclusão sobre a magnitude da satisfação e da interferência (ii) supõe a unanimidade de *todos* os indicadores ou bastam alguns? Por outro lado, (iii) qual é a relevância a atribuir às diferenças mínimas ou residuais entre as alternativas disponíveis?

A qualificação de uma alternativa como elegível supõe que o legislador atinja um certo patamar de convicção sobre o resultado da comparação das intensidades de satisfação e de interferência de cada uma das alternativas disponíveis. Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber se (iv) tem de atingir um estado de *certeza* - e que tipo de certeza - sobre aquelas intensidades ou se pode escolher em situações de *incerteza*. Não sendo impossível (sendo até expectável) que se formem situações de incerteza epistémica - sobre as intensidades de interferência e de satisfação de *todas* ou de *algumas* das alternativas disponíveis e, concomitantemente, sobre as alternativas elegíveis -, importa definir se a incerteza epistémica é superável. Isso justifica a análise da forma como o segmento da necessidade se posiciona perante (v) situações de certeza sobre todas as alternativas disponíveis e elegíveis, (vi) situações de incerteza sobre algumas das alternativas disponíveis e elegíveis e (vii) situações de incerteza sobre todas as alternativas disponíveis e elegíveis.

7.1. A questão da única resposta válida (elegível)

O segmento da adequação visa assegurar que o meio adotado é adequado, não que é o *único* adequado. Será que, em contraste, o segmento da necessidade visa chegar à identificação do *único* meio válido (isto é, elegível)?

A operatividade do segmento da necessidade como segmento comparativo pressupõe que haja várias alternativas disponíveis. Se não existirem, isto é, se *só um meio* estiver disponível, esse meio terá de ser considerado necessário. Contudo, essa

é uma circunstância extrema, eventualmente induzida por fins pautados por um alto grau de concreção, de tal modo que se confundem com o único meio que os pode satisfazer²⁰¹¹. Quanto mais elevado for o nível de abstração do fim, mais provável é haver meios alternativos disponíveis, *maxime* meios alternativos com diferentes intensidades de interferência²⁰¹².

Questiona-se, todavia, se as situações de existência de um único meio qualificável como necessário se reduzem a esta hipótese extrema, se existem outras ou, até, se em todas as situações há sempre um e *um só* meio qualificável como necessário, isto é, elegível.

Numa fórmula sintética da definição inicial, meio necessário é o que, entre os disponíveis, *não tem alternativa consideravelmente menos interferente com intensidade de satisfação pelo menos aproximadamente igual*. Interpretada literalmente, esta formulação pode inculcar que o segmento da necessidade conduz sempre à identificação de um único meio necessário.

Neste ponto da exposição não reunimos ainda elementos que permitam confirmar ou infirmar essa primeira indicação. Todavia, é possível, pelo menos, antecipar que uma conceção do segmento da necessidade que implicasse um único meio qualificável como necessário anularia ou diminuiria drasticamente a liberdade de conformação do legislador democrático. Isso significa que esta questão toca o âmago da própria legitimidade da proibição do excesso como instrumento de harmonização compaginável com o espírito de uma constituição democrática²⁰¹³.

²⁰¹¹ V. **Hickman**, «The Substance...», p. 704.

²⁰¹² **Hickman**, «The Substance...», pp. 704 ss.; **Barak**, *Proportionality...*, p. 332. Por isso, é relevante saber se, perante um fim de alta abstração, é possível o juiz fixar um fim mais próximo: cfr. *infra*, capítulo 19, 4.3.1.2.2.1.

²⁰¹³ V. o debate em **Alexy**, *A Theory...*, pp. 390 ss. Pode também antecipar-se que se houver motivo para concluir que o legislador tem à sua disposição mais do que um meio alternativo pelo qual pode optar sem violação da necessidade, terá de se reconhecer que o termo “necessário” não é empregue com o sentido corrente: **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 75; **Bernal Pulido**, *El principio de proporcionalidad...*, pp. 587, 760; **Hickman**, «The Substance...», pp. 701 ss.

7.2. Todos ou alguns indicadores?

Para um meio ser considerado menos intensamente interferente do que outro e pelo menos tão satisfatório quanto ele – para o poder suplantar à luz do segmento da necessidade –, tem de o equivaler ou superar em *todos* aqueles indicadores, de previsibilidade (quando aplicável), de praticabilidade, qualitativos e quantitativos²⁰¹⁴?

Quem entende que sim respalda-se no respeito pela liberdade de conformação do legislador. A exigência de equivalência ou superação do meio alternativo em *todos* os indicadores, sem exceção, diminui significativamente as possibilidades de o meio selecionado pelo legislador poder ser desafiado por outro, em sede de controlo de normas²⁰¹⁵.

Porém, não vemos vantagem numa orientação tão intransigente. A menor intensidade de interferência ou de satisfação, expressa através de um dos indicadores, pode ser compensada e até superada por outro indicador, pelo que não se deve fechar à partida a porta. Desse modo, pode trazer-se para o cenário comparativo, por exemplo, um meio menos intensamente interferente, mesmo que não tão intensamente satisfatório de acordo com *alguns* indicadores (mas mais satisfatório de acordo com outros).

7.3. A (ir)relevância das diferenças mínimas

Quando se diz que elegível como necessário é o meio que, entre os disponíveis, não tem alternativa *consideravelmente* menos interferente com intensidade de satisfação pelo menos *aproximadamente* igual, esta definição já exprime a irrelevância das diferenças irrisórias ou mínimas entre intensidades de satisfação e de interferência de meios alternativos para efeitos da metódica da necessidade.

²⁰¹⁴ Clérico, *El examen...*, p. 108, menciona também a igual (ou maior, acrescentamos) eficiência em relação a todos os tipos de fins que o ato possa ter, principal e secundário, mediato e imediato, fim último, fim parcial.

²⁰¹⁵ É este o sentido do desenvolvimento de Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, p. 746, inspirando-se em Clérico, *El examen...*, p. 109, que porém, apenas aceita esta solução *em princípio* (*ob. cit.*, p. 111).

Dizer que um meio, para poder ser considerado necessário em detrimento de outro, tem de prometer intensidade de satisfação aproximadamente (*roughly*²⁰¹⁶) igual, significa que não se exige que a intensidade de satisfação seja *exatamente* igual. Uma diferença *irrisória* ou *mínima* na intensidade de satisfação não é suficiente para inviabilizar a possibilidade de esse meio ser alternativa elegível²⁰¹⁷. Nesta linha, a irrelevância das diferenças irrisórias ou mínimas facilita a multiplicação de alternativas elegíveis.

Em contrapartida, dizer que um meio, para poder ser considerado necessário em detrimento de outro, tem de ter intensidade de interferência consideravelmente inferior, significa que não basta que seja *irrisoriamente* inferior. A diferença deve ser *considerável*²⁰¹⁸ e não *irrisória* ou *mínima*. Uma diferença irrisória ou mínima de intensidade de interferência entre dois meios alternativos não é suficiente para excluir um deles. Nesta vertente, a irrelevância das diferenças irrisórias ou mínimas dificulta a multiplicação de alternativas elegíveis.

Esta orientação não resulta de nenhuma inclinação teórica ou de opções doutrinárias, mas sim de constrangimentos específicos da deliberação prática. Não há instrumentos operativos capazes de captar diferenças quando elas são irrisórias ou mínimas. A única forma de detetar diferenças desse tipo seria a aplicação de escalas cardinais altamente precisas. Ora, isso representa um duplo desafio: (i) aplicar escalas cardinais no âmbito da deliberação prática; (ii) aplicar escalas cardinais que possuam um grau de precisão tal que permita a deteção de discrepâncias mínimas. Qualquer desses objetivos é inalcançável.

7.4. O grau de (in)certeza dos resultados

O juízo de necessidade terá de assentar num diagnóstico razoavelmente intersubjectivável da situação fáctica (em sentido amplo, incluindo o direito

²⁰¹⁶ **Chang**, «Introduction», pp. 26-27 ss.; sobre esta noção, v., também, capítulo seguinte.

²⁰¹⁷ V. a indicação de jurisprudência britânica neste sentido em **Allan**, «Democracy...», p. 217.

²⁰¹⁸ Parece ir mais longe a formulação de **Bilchitz**, «Does Balancing...», p. 284: só é inviabilizada a solução que seja *severamente mais intrusiva* do que alternativas disponíveis. Há uma diferença de grau entre consideravelmente menos (ou mais) intrusiva e severamente, ou drasticamente, menos (ou mais) intrusiva.

vigente), tal como representada no momento da decisão e em juízos de prognose que a autoridade normativa efetue.

O tema dos estádios epistémicos da decisão do legislador já foi estudado a propósito do segmento da adequação²⁰¹⁹. Identificámos então diferentes estádios em que pode assentar a ação do legislador: (i) certeza epistémica empírica absoluta; (ii) certeza epistémica empírica relativa; (iii) incerteza epistémica empírica parcial positiva; (iv) incerteza epistémica empírica parcial negativa; (v) incerteza epistémica empírica total. Sustentámos que o legislador pode agir - isto é, emitir normas - se verificado um dos três primeiros. Decisão em situação de incerteza epistémica empírica parcial positiva vale como se fosse em situação de certeza, embora isso possa ter sequelas ao nível do controlo da norma.

Essa doutrina sobre as apreciações empíricas vale *mutatis mutandis* para o segmento da necessidade.

Recapitulando, não é viável circunscrever a decisão do legislador às situações em que tenha atingido a *certeza absoluta* sobre a realidade passada e atual, sobre a intensidade ablativa e sobre a potencialidade da medida para satisfazer o fim visado.

As decisões do legislador têm uma dimensão especulativa inescapável²⁰²⁰. A exigência de uma representação da realidade e de um prognóstico das relações causa/efeito *absolutamente certos* manietaria o legislador, obstaria, na maior parte dos casos, a qualquer decisão legislativa. Por conseguinte, requerendo-se certeza, o máximo que se poderia exigir seria certeza *relativa* de que uma alternativa disponível é menos, igualmente ou mais satisfatória, ou menos, igualmente ou mais interferente, do que outras alternativas.

Todavia, mesmo a certeza nessa configuração minimalista pode ser inatingível. Isso coloca a questão de saber se o legislador, no limite, pode agir validamente em situações de *incerteza* epistémica empírica ou de lacuna cognitiva. A conjugação entre o princípio da liberdade de conformação do legislador e a verificação de circunstâncias institucionais específicas, que colocam o legislador em melhor posição para *conhecer* do que qualquer outra entidade (incluindo o juiz

²⁰¹⁹ Cfr. capítulo anterior.

²⁰²⁰ **Rivers**, «Proportionality...», p. 198.

constitucional), implica que as suas decisões sejam válidas mesmo em situações de incerteza epistémica empírica parcial positiva.

O que a necessidade traz de novo é a possibilidade de serem circunstancialmente realizadas também ponderações comparativas, designadamente dos efeitos da interferência de cada uma das alternativas disponíveis. Essas ponderações são igualmente suscetíveis de gerar situações de certeza ou de incerteza, embora de raiz e natureza diferentes das certezas e incertezas empíricas. Aqui, trata-se de *certezas e incertezas epistémicas normativas*. Existe certeza epistémica normativa quando é claro o peso relativo das variáveis ponderadas, incerteza epistémica normativa no caso inverso.

Como veremos a propósito da proporcionalidade e.s.e., o sentido da certeza normativa ou valorativa é diferente das certezas empíricas. No entanto, na exposição subsequente deste capítulo não se torna necessário vincar a distinção.

O que se pretende é verificar se a existência de incertezas epistémicas tem alguma relevância ou impacto no modo como o segmento da necessidade deve ser aplicado pelo legislador na definição das alternativas elegíveis. Para isso começaremos por ver o que sucede quando (i) *todas* as alternativas disponíveis são objeto de certeza empírica e normativa (absoluta ou relativa), para estudarmos depois o que sucede quando (ii) *algumas* das alternativas disponíveis são objeto de certeza empírica e normativa (absoluta ou relativa) e *outra ou outras* são objeto de *incerteza epistémica parcial positiva*.

7.4.1. Todas as alternativas disponíveis são objeto de certeza (absoluta ou relativa)

Reproduzindo o que se afigura ser a técnica legislativa mais intuitiva ou, a partir de certo ponto do *iter* decisório, forçosa (concentração numa hipótese central, tendencialmente preferida), partimos de *M1* como hipótese referencial ou *pivot* metódico. Enunciamos nove hipóteses (1a a 9a) em que há certeza epistémica (absoluta ou relativa), empírica e normativa. Para reproduzir o mais proximamente possível aquilo que é o ambiente habitual do trabalho legislativo, particularmente

numa etapa inicial de redação em cada hipótese há várias hipóteses alternativas possíveis e não apenas duas.

A análise destas nove hipóteses permite aferir quando é que o segmento da necessidade convive com a liberdade de conformação estrutural do legislador e quando é que esta é limitada ou suprimida.

- 1a. Meio *M1* menos satisfatório que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*²⁰²¹) e mais interferente²⁰²² que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*);
- 2a. Meio *M1* tão satisfatório quanto todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*) e mais interferente que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*);
- 3a. Meio *M1* menos satisfatório que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*) e tão interferente quanto todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*);
- 4a. Meio *M1* tão satisfatório quanto todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*) e tão interferente quanto todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*);
- 5a. Meio *M1* mais satisfatório que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*) e menos interferente que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*);
- 6a. Meio *M1* tão satisfatório quanto todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*) e menos interferente que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*);
- 7a. Meio *M1* mais satisfatório que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*) e tão interferente quanto todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*);
- 8a. Meio *M1* menos satisfatório que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*) e menos interferente que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*);
- 9a. Meio *M1* mais satisfatório que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*) e mais interferente do que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*).

Na hipótese 1a, todos os restantes meios (*M2*, *M3*, *Mn*) são mais satisfatórios e menos interferentes que *M1*. *M1* não é elegível para ser adotado pelo legislador. Um meio *menos satisfatório e mais interferente* do que outras alternativas, isto é, um meio que enfrenta uma alternativa mais satisfatória e menos interferente, é

²⁰²¹ *Mn* representa um ou vários meios alternativos disponíveis além de *M2* e *M3*.

²⁰²² Para facilitar a exposição, usamos a expressão simplificada "meios mais (menos, tão) satisfatórios" em substituição da expressão "normas ou meios que produzem efeitos mais (menos, tão) intensamente satisfatórios dos bens, interesses ou valores ativos"; e usamos a expressão "meios mais (menos, tão) interferentes" em vez de "normas ou meios que produzem efeitos mais (menos, tão) intensamente interferentes dos bens, interesses ou valores passivos". Por outro lado, também não inserimos nenhum dos vocábulos que exprimem a irrelevância das diferenças mínimas.

evidentemente um meio que, se for escolhido, contendrá com o segmento da necessidade.

Na hipótese 2a, todos os meios alternativos a *M1* são tão satisfatórios quanto *M1*, sendo menos interferentes do que *M1*. Se *M1* fosse o meio escolhido pelo legislador, este estaria a praticar um ato *evidentemente* desnecessário. *M1* não é *elegível* como meio necessário à luz do segmento da necessidade, uma vez que este exclui liminarmente a adoção de um meio tão satisfatório quanto todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*) e mais interferente que todos os outros (*M2*, *M3*, *Mn*).

Na hipótese 3a, todos os meios alternativos (*M2*, *M3*, *Mn*) são tão interferentes quanto *M1*, mas mais satisfatórios que *M1*.

Para a apreciação desta hipótese 3a é útil realçar a diferença em relação às duas hipóteses anteriores (1a e 2a). Na hipótese 1a, a adoção de um qualquer meio *M2*, *M3*, *Mn* em vez de *M1* fazia *crescer* a intensidade de satisfação e *diminuir o grau de interferência* da norma legislativa. Na hipótese 2a, a adoção de qualquer *M2*, *M3*, *Mn* em vez de *M1* mantinha *constante* a intensidade de satisfação e fazia *diminuir o grau de interferência*. Nesta hipótese 3a, surge um fator que não se verificava nas anteriores: todas as alternativas a *M1* são tão interferentes quanto *M1*, mas *mais satisfórias*.

A questão nova é se o facto de um meio *M1* ser *menos satisfatório* do que outros alternativos, *M2*, *M3*, *Mn*, mantendo-se equivalente o grau de interferência de *M1* e dessas alternativas, releva para efeitos da apreciação da necessidade, designadamente condenando *M1*.

A propósito da adequação deparámos com questão semelhante. Questionámos então se, havendo escolha entre meios mais satisfatórios do que outros, deve o legislador escolher o mais satisfatório. Na altura argumentámos que as funções próprias do princípio da proibição do excesso não o exigem, invocando a obrigação de preservar uma significativa margem de conformação do legislador.

Esses argumentos valem também aqui: entre meios igualmente interferentes, o legislador não está vinculado a escolher o mais satisfatório ou um dos mais satisfatórios²⁰²³. No contexto do segmento da necessidade comparam-se graus de

²⁰²³ Diferente, Clérico, *El examen...*, p. 113. A orientação adotada no texto responde negativamente à questão, antes deixada em aberto, sobre se a necessidade corresponde integralmente ao ótimo de Pareto, conforme sustentado por Alexy, *A Theory...*, pp. 398-399, Schlink, *Abwägung...*, p. 181, Rivers, «Proportionality...», p. 198, Barak, *Proportionality...*, p. 320, Veil, «Incommensurability,

interferência em bens, interesses ou valores, nada obrigando a que, havendo “*empate*” na aplicação da variável da intensidade de interferência, se utilize como critério de “*desempate*” a variável da intensidade de satisfação. Ao segmento da necessidade interessa simplesmente conter o potencial de interferência inerente ao meio e não acautelar a sua eficiência máxima ou ótima. Nessa perspectiva, o facto de a intensidade de satisfação de *M1* ser inferior ao das alternativas *Mn*, verificando-se, contudo, que a potencial intensidade de interferência é equivalente em todas elas, não é relevante no plano da aplicação do segmento da necessidade. O meio *M1* da hipótese 3a não tem forçosamente de ser excluído à partida, permanecendo uma alternativa elegível pelo legislador, no mesmo plano que as demais.

Trata-se, por conseguinte, de uma situação em que o legislador dispõe de liberdade de conformação estrutural. É livre de escolher entre *M1*, *M2*, *M3*, *Mn*.

Note-se, porém, que a opção por *M1* na hipótese 3a pode ter sequelas colaterais. A circunstância de *M1* ser menos satisfatório do que outras alternativas *M2*, *M3*, *Mn* pode implicar que *M1* se apresente ao crivo do segmento da proporcionalidade e.s.e., com menos argumentos do que aqueles que os meios alternativos apresentariam se fossem os escolhidos. *M1* corre provavelmente maior risco do que os meios alternativos *M2*, *M3*, *Mn* de ser atingido pela conclusão, em sede de proporcionalidade e.s.e., de que a intensidade de interferência nos bens, interesses

Proportionality...», p. 179 e outros. Nota **Rivers**, *loc. cit.*, que “uma distribuição é eficiente ou *Pareto-optimal* se nenhuma outra distribuição puder satisfazer melhor um pessoa sem piorar a situação de outra”. Ora, de acordo com a posição que propomos no texto, o segmento da necessidade não invalida meios em relação aos quais há alternativas igualmente interferentes mas mais satisfatórias; isto é, alternativas que poderiam satisfazer melhor os bens, interesses ou valores cuja tutela constitui fim do ato, com grau de interferência semelhante à alternativa escolhida pelo legislador. Posição equívoca é a de **Pulido**, *El principio de proporcionalidad...*, *cit.*: por um lado, parece aderir (p. 741) à aproximação da necessidade à matriz do ótimo de Pareto (lembrando, todavia, que a necessidade teve origem no direito público muito antes da elaboração teórica de Pareto); por outro, defende (bem) que a maior idoneidade (leia-se intensidade de satisfação) de um meio alternativo não é, por si, um dado que implique a desnecessidade da medida legislativa (p. 747). Ora, se a medida legislativa que não é mais interferente do que uma alternativa pode ser considerada necessária mesmo sendo menos satisfatória que ela, não se vê como se atinge o ótimo de Pareto nessa circunstância. Há quem rejeite a aplicação do ótimo de Pareto e descreva a necessidade com recurso a uma variante modificada do critério Kaldor-Hicks da economia de bem-estar: assim, **Deschling**, *Das Verhältnismässigkeit...*, pp. 181 ss.; **Hickman**, «The Substance...», *cit.*, p. 712, nota. Tal critério pressupõe que uma mudança em que alguns indivíduos saiam prejudicados é aceitável desde que aqueles que melhorem a sua posição ganhem mais do que perdem aqueles que pioram de situação. A compensação não precisa ser efetiva, bastando que seja possível. O critério de Kaldor-Hicks pode associar-se a versões da proporcionalidade e.s.e. de inclinação mais *utilitarista* ou *consequencialista*, ou a expressões da necessidade ponderada (ou da proporcionalidade relativa de **Hickman**), não se adaptando bem às expressões estritas ou latas da necessidade. Cfr. **Huster**, *Rechte...*, pp. 433 ss.; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 189.

ou valores afetados *não é justificada* em concreto pela intensidade de satisfação dos bens, interesses ou valores prosseguidos.

Noutro prisma, *M1* poderia ter dificuldade em superar uma avaliação à luz de outro teste diverso da proibição do excesso, como o teste da racionalidade económica ou da avaliação *custo/benefício* (um reduzido grau de eficiência do meio não justifica o dispêndio de recursos envolvido)²⁰²⁴. Mas isso não obsta a que o meio *M1* da hipótese 3a possa, ainda assim, superar o teste da necessidade.

A hipótese 4a, onde o meio *M1* é tão satisfatório quanto todos os outros (*M2, M3, Mn*) e tão interferente quanto todos os outros (*M2, M3, Mn*), é de indiferença em relação ao segmento da necessidade. O segmento da necessidade não aponta para a escolha preferencial de *M1* ou de *M2, M3, Mn*, nem exclui à partida nenhum deles. O legislador usufrui de margem de escolha, sendo elegíveis quer *M1* quer *M2, M3* ou *Mn*.

A hipótese 5a retrata a primeira situação de um meio que não apenas pode como *deve ser* adotado, à luz do segmento da necessidade, implicando isso a redução (ou circunstancial supressão) da liberdade de conformação estrutural do legislador. O meio *M1* é mais satisfatório que todas as outras alternativas disponíveis (*M2, M3, Mn*) e menos interferente que todos os outros (*M2, M3, Mn*). Todas as alternativas são menos satisfatórias e mais interferentes que *M1*. *M1 deve ser* adotado. Trata-se de um caso (a acrescer àquele, já referido, de ausência, pura e simples, de alternativas disponíveis) em que, no contexto da necessidade, deparamos com o resultado de um *único* meio elegível pelo legislador.

A hipótese 6a configura mais um caso em que *M1 tem de ser adotado* pelo legislador. *M1* é a menos interferente de todas as alternativas disponíveis, sendo tão satisfatória quanto todas as demais (*M2, M3, Mn*). *M2, M3, Mn* são mais interferentes e tão satisfatórios quanto *M1*. Outro caso que, como o anterior, gera o resultado de um *único* meio elegível pelo legislador.

Na hipótese 7a, *M1* é mais satisfatório que todos os outros (*M2, M3, Mn*) e tão interferente quanto todos os outros (*M2, M3, Mn*). *M1* é elegível para ser adotado. Mas pode perguntar-se se o legislador *pode* adotar *M1*, ou *deve* adotar *M1*, uma vez

²⁰²⁴ A circunstância de a proibição do excesso, através da necessidade, não postular a adoção da alternativa mais satisfatória não obsta a que haja outros argumentos de racionalidade prática que imponham essa adoção, tal como apontados, por exemplo, por Sartor, «A Sufficientist Approach...», p. 52. Mas aí estaremos fora do âmbito da função racionalizadora da proibição do excesso.

que este meio é mais satisfatório do que os meios alternativos (*M2, M3, Mn*). Conforme se expôs a propósito da hipótese 3a (de que esta hipótese 7a é o reverso), o segmento da necessidade não obriga o legislador a escolher um meio apenas por ele ser mais satisfatório do que outros alternativos. Consequentemente, *M1 pode ser adotado*, cabendo a opção pela sua adoção ou pela adoção de *M2, M3, Mn* na liberdade de conformação estrutural do legislador.

As hipóteses 8a e 9a merecem particular atenção, uma vez que algumas das opções que aí se assumam estão no centro de repetidas controvérsias sobre o alcance do segmento da necessidade.

Na hipótese 8a, *M1* é o meio menos interferente e menos satisfatório de todos; isto é, *M2, M3, Mn* são todos eles mais satisfatórios e mais interferentes do que *M1*. O segmento da necessidade *permite* a adoção de *M1*. Coloca-se, porém, a questão de saber se *M1 deve ser* adotado, isto é, se *M1*, em vez de se situar no domínio da liberdade estrutural de conformação do legislador, está antes no espaço de vinculação (é o único elegível), devendo por isso o legislador escolhê-lo. Numa expressão *lata* do segmento da necessidade, *M1 pode* ser adotado, mas o legislador pode optar por uma das outras alternativas disponíveis. Numa conceção *estrita* do segmento da necessidade²⁰²⁵, *M1 deve* ser adotado pelo legislador.

Na hipótese 9a, *M1* é mais satisfatório que todos os outros (*M2, M3, Mn*) e mais interferente do que todos os outros (*M2, M3, Mn*). Trata-se de uma ocorrência prática comum, uma vez que é frequente que quanto mais satisfatório for o meio, mais interferente ele se revela (ou vice-versa)²⁰²⁶. Portanto, não é raro que o meio mais satisfatório seja justamente o mais interferente dos bens, interesses ou valores atingidos (ou vice-versa). *M1* é a alternativa que prossegue as finalidades do legislador com maior intensidade de satisfação, embora seja também a mais interferente. *M1 pode ser adotado*, mas *não tem de ser adotado*. Uma vez que não há nenhum meio menos interferente com aquele grau de eficácia na prossecução das finalidades do legislador, *M1*, apesar de ser o mais interferente dos disponíveis, é simultaneamente o menos interferente dos que são capazes de atingir de modo pleno ou mais próximo do pleno os objetivos do legislador, não estando o legislador

²⁰²⁵ Sobre a conceção *restrita* da necessidade, v. mais adiante neste capítulo.

²⁰²⁶ Cfr., por exemplo, **Hickman**, «The substance...», p. 702.

inibido de procurar atingir fins de forma plena. Por esse motivo, pode ser praticado, é *necessário*, à luz destes mesmos objetivos. Apesar de ser a mais interferente das alternativas disponíveis, *M1* é o menos interferente dos meios com a sua intensidade de satisfação (uma vez que, com aquela intensidade de satisfação, é o único disponível).

Com esta análise ficamos em condições de regressar à questão que ficou pendente num dos números anteriores²⁰²⁷. Dela ressalta que a aplicação do segmento da necessidade não conduz sempre ao resultado de um *único* meio qualificável como elegível. Há casos em que isso sucede (hipóteses 5a e 6a), devendo *M1* ser adotado pelo legislador, tal como há casos em que *M1* é evidentemente excluído (hipóteses 1a e 2a). Nos demais casos estudados (hipóteses 3a, 4a, 7a, 8a e 9a), o legislador tem uma significativa *liberdade de conformação estrutural*, podendo optar entre várias alternativas elegíveis, *M1* ou outras²⁰²⁸.

Estas conclusões são reforçadas quando apreciamos as hipóteses em que existem incertezas epistémicas.

7.4.2. Algumas das alternativas disponíveis são objeto de certeza empírica e normativa (absoluta ou relativa), enquanto outra ou outras são objeto de incerteza epistémica parcial positiva

O presente número pretende lançar luz sobre a seguinte questão central da metódica da necessidade: qual o impacto ou relevo das incertezas epistémicas na aplicação pelo legislador?

O exercício a que se procede na presente rúbrica assume que o legislador parte para a delimitação das alternativas elegíveis numa situação de certeza (absoluta ou relativa) empírica e normativa sobre algumas alternativas e de incerteza epistémica parcial sobre pelo menos outra alternativa. Embora não seja, certamente, situação incomum, não cabe explorar aqui o modelo, muito mais complexo do que este (já de

²⁰²⁷ Número 7.1.

²⁰²⁸ No âmbito da atividade administrativa, falar-se-ia de discricionariedade da Administração e da zona do *mérito* que continua livre de intervenção dos tribunais administrativos.

si complexo), em que *todas* as alternativas disponíveis estão afetadas por incerteza epistémica, ou seja, estão no mesmo pé de igualdade quanto a esse aspeto.

Além disso, comuns a todas as hipóteses que estudaremos são os seguintes traços, alguns já aflorados: (i) o legislador pode agir em situações de incerteza epistémica; (ii) todavia, as únicas situações de incerteza epistémica em que o legislador pode agir são as de *incerteza epistémica parcial positiva*. Estas situações são aquelas em que o legislador não atinge a certeza (nem sequer relativa), mas se inclina, sustentado em boas razões, para a probabilidade ou plausibilidade de uma alternativa disponível ser menos (ou mais, ou tão) interferente quanto outra, ou menos (ou mais, ou tão) satisfatória; (iii) ficam, portanto, excluídas as situações de incerteza epistémica *total*. Não seria racionalmente sustentável que o legislador pudesse interferir em bens, interesses ou valores em situações em que desconhece por completo ou tem uma dúvida profunda e radical, *sem sequer uma inclinação razoável*, sobre qual a alternativa que é menos (ou mais, ou tão) interferente que outra ou outras; (iv) em muitos casos existe incerteza epistémica parcial positiva do legislador. Nessas circunstâncias, o legislador pode agir como se as suas avaliações ou valorações fossem certas. Como verificaremos, isso pode traduzir-se num alargamento do elenco de alternativas elegíveis e, concomitantemente, da margem de escolha – e, nessa medida, num alargamento da liberdade de conformação (alguns falam, impropriamente, de liberdade de conformação epistémica) –, mas também pode resultar num estreitamento ou supressão da liberdade de conformação; (v) não há inconveniente em tratar em conjunto as incertezas epistémicas parciais positivas empíricas e normativas.

Como derivações da cada uma das já revistas nove hipóteses em que há certeza (1a a 9a), abrimos três hipóteses em que há incerteza epistémica. Uma vez, a incerteza epistémica incide sobre considerações que ofuscam o conhecimento pleno da intensidade de satisfação. Outras, da intensidade de interferência. Outras ainda, da intensidade de satisfação e de interferência.

As vinte e sete hipóteses, algumas com sobreposições²⁰²⁹, permitem ter a noção de quando é que a incerteza epistémica é relevante – traduzindo-se a sua superação

²⁰²⁹ Com vista a uma exposição mais clara e que cubra exaustivamente os vários ângulos, não nos preocupamos com a existência de sobreposições entre algumas das hipóteses.

na ampliação ou redução do elenco de alternativas elegíveis – e quando é que é irrelevante – sendo indiferente a sua superação. São as seguintes:

- 1b. Meio $M1$ menos satisfatório que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn , e mais interferente que todos os outros ($M2, M3, Mn$);
- 1c. Meio $M1$ menos satisfatório que todos os outros ($M2, M3, Mn$) e mais interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;
- 1d. Meio $M1$ menos satisfatório e mais interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

- 2b. Meio $M1$ tão satisfatório quanto alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn , e mais interferente que todos os outros ($M2, M3, Mn$);
- 2c. Meio $M1$ tão satisfatório quanto todos os outros ($M2, M3, Mn$) e mais interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;
- 2d. Meio $M1$ tão satisfatório e mais interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

- 3b. Meio $M1$ menos satisfatório que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn , e tão interferente quanto todos os outros ($M2, M3, Mn$);
- 3c. Meio $M1$ menos satisfatório que todos os outros ($M2, M3, Mn$) e tão interferente quanto alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;
- 3d. Meio $M1$ menos satisfatório e tão interferente quanto alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn .

- 4b. Meio $M1$ tão satisfatório quanto alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn , e tão interferente quanto todos os outros ($M2, M3, Mn$);
- 4c. Meio $M1$ tão satisfatório quanto todos os outros ($M2, M3, Mn$) e tão interferente quanto alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;
- 4d. Meio $M1$ tão satisfatório e tão interferente quanto alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

- 5b. Meio $M1$ mais satisfatório que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn , e menos interferente que todos os outros ($M2, M3, Mn$);

5c. Meio $M1$ mais satisfatório que todos os outros ($M2, M3, Mn$) e menos interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

5d. Meio $M1$ mais satisfatório e menos interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

6b. Meio $M1$ tão satisfatório quanto alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn , e menos interferente que todos os outros ($M2, M3, Mn$);

6c. Meio $M1$ tão satisfatório quanto todos os outros ($M2, M3, Mn$) e menos interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

6d. Meio $M1$ tão satisfatório e menos interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

7b. Meio $M1$ mais satisfatório que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn , e tão interferente quanto todos os outros ($M2, M3, Mn$);

7c. Meio $M1$ mais satisfatório que todos os outros ($M2, M3, Mn$) e tão interferente quanto alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

7d. Meio $M1$ mais satisfatório e tão interferente quanto alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

8b. Meio $M1$ menos satisfatório que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn , e menos interferente que todos os outros ($M2, M3, Mn$);

8c. Meio $M1$ menos satisfatório que todos os outros ($M2, M3, Mn$) e menos interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

8d. Meio $M1$ menos satisfatório e menos interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn ;

9b. Meio $M1$ mais satisfatório do que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn , e mais interferente do que todos os outros ($M2, M3, Mn$);

9c. Meio $M1$ mais satisfatório que todos os outros ($M2, M3, Mn$) e mais interferente do que alguns outros ($M2, M2$), havendo incerteza sobre Mn ;

9d. Meio $M1$ mais satisfatório e mais interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn .

7.4.2.1. Variantes da hipótese 1

A hipótese 1b (meio $M1$ menos satisfatório que alguns outros [$M2, M3$], havendo incerteza sobre Mn , e mais interferente que todos os outros [$M2, M3, Mn$]) é a primeira de uma série em que as incertezas epistémicas são irrelevantes, no que toca à decisão sobre $M1$. O legislador sabe que $M1$ é o mais interferente dos meios alternativos disponíveis e sabe que $M1$ é menos satisfatório do que alguns meios alternativos disponíveis ($M2$ e $M3$). O legislador não tem a certeza sobre se $M1$ é mais (ou menos, ou tão) satisfatório que outros meios alternativos (Mn). Todavia, esta incerteza não é relevante. Mesmo numa situação de *incerteza epistémica parcial positiva* no sentido de maior intensidade de satisfação (o legislador não tem a certeza de que $M1$ é mais satisfatório do que algum dos meios alternativos Mn , mas inclina-se para que sim), o facto de $M1$ ser mais satisfatório do que Mn , apenas o poderia tornar elegível numa situação de confronto direto com Mn e unicamente com ele. Mas a existência de $M2$ e $M3$, que são mais satisfatórios e menos interferentes do que $M1$, é decisiva. Existindo essas alternativas, $M1$ nunca pode ser adotado, mesmo que o legislador se incline para que algumas das outras alternativas disponíveis, cuja intensidade de satisfação permanece na penumbra da incerteza epistémica, são menos satisfatórias que $M1$. Sendo decisivos os dados sobre os quais há a certeza, isto é, os dados que indicam que $M2$ e $M3$ são mais satisfatórios e menos interferentes do que $M1$, a existência de incerteza epistémica sobre a relação entre $M1$ e outras alternativas é irrelevante para a decisão sobre $M1$. Isso faz com que o resultado de 1b seja o mesmo que o da hipótese 1a, em que há total certeza: $M1$ está evidentemente vedado.

A hipótese 1c (meio $M1$ menos satisfatório que todos os outros [$M2, M3, Mn$] e mais interferente que alguns outros [$M2, M3$], havendo incerteza sobre Mn) tem um resultado semelhante a 1b. O legislador sabe que $M1$ é o menos satisfatório dos meios alternativos disponíveis e sabe que $M1$ é mais interferente do que alguns meios alternativos disponíveis ($M2$ e $M3$). O legislador não tem a certeza sobre se $M1$ é menos (ou mais, ou tão) interferente que outros meios alternativos (Mn), tendo apenas a certeza de que $M1$ é mais interferente do que $M2$ e $M3$ e menos satisfatório do que $M2, M3$ e Mn . Contudo, esta incerteza não é relevante. Mesmo

que o legislador se inclinasse (sem certeza) para a existência de um meio Mn tão ou mais interferente que $M1$ e mais satisfatório que $M1$ e tal inclinação pudesse ser tratada como uma situação de certeza (equivalente a 8a ou 6a, respectivamente), isso só tornaria $M1$ elegível (em competição com Mn) se não existissem $M2$ e $M3$. Mais uma vez, valem apenas os dados sobre os quais há certeza: os dados que indicam que $M2$, $M3$ são mais satisfatórios e menos interferentes do que $M1$, sendo a incerteza epistêmica irrelevante. Tal faz com que o resultado de 1c seja o mesmo que o da hipótese 1a: $M1$ está evidentemente vedado.

A hipótese 1d (meio $M1$ menos satisfatório e mais interferente que alguns outros [$M2$, $M3$], havendo incerteza sobre Mn), que conjuga incertezas epistêmicas quanto às duas variáveis, intensidade de satisfação e intensidade de interferência, conduz inevitavelmente a resultados semelhantes às das hipóteses 1b e 1c. O legislador sabe que $M1$ é menos satisfatório e mais interferente que $M2$ e $M3$. Não sabe se alguma das alternativas Mn é menos (ou mais, ou tão) satisfatória que $M1$, nem sabe se alguma das alternativas Mn é mais (ou menos, ou tão) interferente que $M1$. Na penumbra da incerteza epistêmica ficam, portanto, meios alternativos que podem ser menos satisfatórios e mais interferentes do que $M1$. Contudo, isso não é relevante. Mesmo que o legislador se inclinasse para a existência de alternativas a $M1$ menos satisfatórias e mais interferentes, isso apenas tornaria $M1$ elegível face a essas alternativas; em nada afetaria, porém, a circunstância, certa e decisiva, de $M1$ ser menos satisfatório e mais interferente do que $M2$ e $M3$, os quais, conseqüentemente, devem sempre preferir a $M1$. Sendo apenas relevantes os dados sobre os quais há certeza, recai-se no resultado da hipótese 1a: $M1$ está evidentemente vedado.

7.4.2.2. Variantes da hipótese 2

As hipóteses 2b, 2c, e 2d merecem um tratamento igual, com as adaptações necessárias (em vez de menos satisfatório, $M1$ é tão satisfatório como outros) e suscitam resultados semelhantes aos de 1b, 1c e 1d, respectivamente. Expressam mais três casos em que as incertezas epistêmicas são irrelevantes para o destino de $M1$, sendo este meio evidentemente não elegível face ao segmento da necessidade.

7.4.2.3. Variantes da hipótese 3

Na *hipótese 3b* (meio $M1$ menos satisfatório que alguns outros $[M2, M3]$, havendo incerteza sobre Mn , e tão interferente quanto todos os outros $[M2, M3, Mn]$), o legislador sabe que $M1$ é tão interferente quanto os demais meios alternativos ($M2, M3, Mn$) e menos satisfatório do que alguns deles ($M2, M3$). A incerteza epistémica aqui pendente incide sobre se $M1$ é mais, ou menos, ou tão satisfatório quanto Mn . A questão que se coloca é se essa incerteza epistémica parcial positiva é relevante, isto é, se é útil ou necessário superá-la ficcionando que existe certeza. Aqui podem existir três diferentes situações de incerteza epistémica parcial positiva: ou o legislador se inclina para que $M1$ é menos satisfatório, ou para que é tão satisfatório, ou para que é mais satisfatório do que Mn . Ficcionando-se a transformação da incerteza em certeza, ficaríamos perante situações que se enquadram nas hipóteses 3a ($M1$ menos satisfatório e tão interferente quanto Mn), 4a ($M1$ tão satisfatório e tão interferente quanto Mn) e 7a ($M1$ mais satisfatório e tão interferente quanto Mn). A apreciação dessas três hipóteses permite concluir que o legislador goza de liberdade de conformação estrutural para optar por $M1$ ou por Mn em qualquer uma delas. Sendo a sua intensidade de interferência constante, o legislador pode adotar $M1$ ou Mn (ou $M2, M3$), qualquer que seja o resultado da comparação da respetiva intensidade de satisfação. A superação da incerteza epistémica sobre a relação entre $M1$ e Mn , na hipótese 3b, é fútil, na medida em que não adita nem retira nada à liberdade de conformação estrutural do legislador. A superação da incerteza epistémica só seria relevante se com isso se pudesse alargar ou restringir o leque de alternativas elegíveis, o que não é o caso. $M1$ ou Mn ou as demais alternativas, $M2$ e $M3$, são elegíveis.

Na *hipótese 3c* (meio $M1$ menos satisfatório que todos os outros $[M2, M3, Mn]$ e tão interferente quanto alguns outros $[M2, M3]$, havendo incerteza sobre Mn), o legislador tem a certeza que $M1$ é menos satisfatório que todos os outros meios alternativos ($M2, M3, Mn$), e tão interferente quanto alguns deles ($M2, M3$). O legislador não tem a certeza sobre se $M1$ é menos, ou mais ou tão interferente quanto outras alternativas Mn . Ora, diferentemente do que sucedia na hipótese

anterior, a superação dessa incerteza epistémica tem relevância. Se o legislador, sem certeza, se inclinar para que *M1* é menos ou tão interferente quanto algum meio alternativo *Mn*, sabendo que é menos satisfatório, recai nas hipóteses 8a e 3a. De acordo com elas, é permitida a adoção de *M1* quando é menos satisfatório e menos ou tão interferente quanto *Mn* e as outras alternativas disponíveis, sendo também admissível a opção por qualquer uma das outras alternativas disponíveis.

Mas esta hipótese 3c também deixa aberta a possibilidade de *M1* ser menos satisfatório e mais interferente do que alguma alternativa *Mn*, ou seja, a possibilidade de haver uma alternativa *Mn* mais satisfatória e menos interferente do que *M1*. Como vimos, esta é uma situação em que, havendo certeza, *M1* teria de ser excluído (hipótese 1a) e *Mn* teria de ser *obrigatoriamente* adotado, se não houvesse mais nenhuma alternativa elegível (hipótese 5a). Surge aqui uma questão ainda não tratada: numa situação de incerteza epistémica parcial positiva, em que o legislador não tem a certeza, mas se inclina para que *Mn*, o meio alternativo a *M1*, é mais satisfatório e menos interferente, está também impedido de adotar *M1* e obrigado a adotar *Mn*?

A resposta é em parte positiva: *M1* não é elegível. Nessa medida, ocorre diminuição da liberdade de conformação. Embora a ficção jurídica de que uma incerteza epistémica parcial positiva do legislador vale como certeza para efeitos da possibilitação de um resultado da comparação tenha, as mais das vezes, a consequência de alargar a margem de conformação do legislador (permitindo-lhe fazer algo em situações de incerteza parcial positiva, quando em princípio se requer certeza), pode também suceder que desencadeie limites à sua liberdade de conformação estrutural. No caso vertente, se o legislador se inclina para que *Mn*, meio alternativo a *M1*, é mais satisfatório e menos interferente, está impedido de adotar *M1* (como na hipótese 1b)²⁰³⁰. Já a questão de saber se *Mn* deve ser

²⁰³⁰ À orientação seguida no texto pode ser oposto o seguinte argumento: ela conduz ao resultado de levar um mecanismo a funcionar contra a sua função e intenção. A ficção de que quando o legislador cai numa situação de incerteza epistémica parcial positiva a sua inclinação vale como certeza, visa, no essencial, preservar a sua liberdade de conformação estrutural. Se o resultado da aplicação dessa ficção fosse, afinal, reduzir ou eliminar a liberdade de conformação do legislador, impondo-lhe a obrigação de eleição de uma alternativa, simplesmente por ter chegado a uma incerteza epistémica, isso seria teoricamente insustentável. Todavia, a esse argumento pode opor-se o da função e intenção do segmento da necessidade: seria contra elas admitir que o legislador, inclinando-se, embora com dúvidas, para existência de um meio alternativo a *M1* mais satisfatório e menos interferente que ele, adotasse afinal *M1*.

adotado, depende da sua relação com outras alternativas. Sabendo-se que $M2$, $M3$ são tão interferentes quanto $M1$, isso significa que são mais interferentes do que Mn . Não se sabe, porém, se são mais satisfatórias que Mn . Se não houver outras alternativas elegíveis, Mn deve ser adotado.

Em conclusão, nesta hipótese 3c a superação da incerteza epistémica é relevante: só ela permite definir se o legislador tem liberdade de escolher entre $M1$ e Mn (e $M2$, $M3$), ou se $M1$ deve ser excluído e Mn adotado, reduzindo-se ou suprimindo-se, desse modo, a liberdade de conformação estrutural do legislador.

A hipótese 3d (meio $M1$ menos satisfatório e tão interferente quanto alguns outros [$M2$, $M3$], havendo incerteza sobre Mn) conjuga incertezas epistémicas quanto às duas variáveis, intensidade de satisfação e intensidade de interferência, e conduz inevitavelmente a resultados similares à hipótese 3c. O legislador sabe que $M1$ é menos satisfatório e tão interferente quanto $M2$ e $M3$. Não sabe se alguma das alternativas Mn é mais (ou menos, ou tão) satisfatória que $M1$, nem sabe se alguma das alternativas Mn é menos (ou mais, ou tão) interferente que $M1$. Na penumbra da incerteza epistémica ficam, portanto, meios alternativos que podem ser menos, mais ou tão satisfatórios e menos, mais ou tão interferentes quanto $M1$. Conforme mostrámos a propósito da hipótese 3c, isso torna relevante a incerteza epistémica e a respetiva superação, valendo o que se deixou escrito.

7.4.2.4. Variantes da hipótese 4

As hipóteses 4b, 4c e 4d variam em relação às hipóteses 3b, 3c e 3d apenas na medida em que, nestas, $M1$ é sempre menos satisfatório e tão interferente quanto as alternativas em relação às quais há certeza, enquanto em 4b, 4c e 4d $M1$ aparece numa posição relativa mais favorável: continuando a ser tão interferente quanto as alternativas em que há certeza, é também tão satisfatório quanto elas. A 4b, 4c e 4d aplica-se o que foi escrito sobre 3b, 3c e 3d, respetivamente, designadamente quanto à liberdade de conformação estrutural, nas situações em que há certeza, e quanto à irrelevância, nuns casos, e relevância, noutros, da superação da incerteza epistémica.

7.4.2.5. Variantes da hipótese 5

Para análise da *hipótese 5b* (meio $M1$ mais satisfatório que alguns outros [$M2, M3$], havendo incerteza sobre Mn , e menos interferente que todos os outros [$M2, M3, Mn$]), é útil começar por recordar o que se disse a propósito da hipótese 5a: numa situação de ausência de incerteza epistémica, a hipótese de $M1$ ser mais satisfatório que todos os outros ($M2, M3, Mn$) e menos interferente que todos os outros ($M2, M3, Mn$) exprime uma situação em que $M1$ *tem de ser adotado*, inexistindo aí liberdade de conformação estrutural.

No contexto da hipótese 5b, o legislador tem a certeza que $M1$ é menos interferente do que qualquer meio alternativo e sabe que é mais satisfatório do que $M2$ e $M3$. Mas não tem a certeza se $M1$ é mais (ou menos, ou tão) satisfatório quanto as alternativas Mn . Havendo a certeza de que $M1$ é menos interferente do que Mn e uma inclinação para que $M1$ é menos satisfatório do que Mn , configura-se uma situação em que *a incerteza sistémica é relevante*, por ter consequências. A primeira consequência, é a supressão do dever do legislador (tal como expresso em 5a) de adotar o meio que, entre aqueles sobre os quais não jaz qualquer incerteza, é o mais satisfatório e o menos interferente ($M1$). A segunda é o poder de escolher entre $M1$ e a alternativa Mn (que o legislador se inclina a pensar que é mais satisfatório, embora mais interferente que $M1$). A possibilidade de adotar uma alternativa disponível que é mais interferente, mas também mais satisfatória do que as demais (tal como na hipótese 9a), é consentida, pelo menos pela modalidade lata do segmento da necessidade.

O que acaba de se expor para a hipótese 5b vale *mutatis mutandis* para a *hipótese 5c* (meio $M1$ mais satisfatório que todos os outros [$M2, M3, Mn$] e menos interferente que alguns outros [$M2, M3$], havendo incerteza sobre Mn). Também aqui, se não houvesse incerteza epistémica sobre Mn , se chegaria à conclusão imediata de que $M1$ é a única alternativa elegível (como em 5a). Todavia, a incerteza epistémica abre espaço a que seja relevante que o legislador se incline, sem certeza, para que há meios alternativos Mn menos satisfatórios que $M1$, mas também menos interferentes (como na hipótese 8a). Se assim for, suprime-se o dever de adotar $M1$ (embora permaneça a proibição de adotar $M2, M3$). O legislador pode agir como se

estivesse numa situação de certeza, podendo optar, limitadamente, entre $M1$ e Mn (nos termos da referida hipótese 8a). A ficção da transformação da incerteza epistémica em certeza é relevante, uma vez que leva à supressão de um limite à liberdade de conformação do legislador, consistente na obrigação de adoção de uma das alternativas disponíveis.

Esta doutrina vale, pelo menos, no contexto da conceção *lata*. Em contrapartida, se o quadro for antes o da conceção *estrita* da necessidade – em que, em princípio, em situações de certeza, Mn , menos satisfatório e menos interferente, *deveria* ser adotado –, a questão suscita o debate feito no âmbito da hipótese 3c, que também releva para a hipótese seguinte.

À hipótese 5d (meio $M1$ mais satisfatório e menos interferente que alguns outros [$M2$, $M3$], havendo incerteza sobre Mn) aplica-se boa parte do que se expôs sobre as duas hipóteses anteriores (5b, 5c). No entanto, ela suscita adicionalmente uma questão já tratada a propósito da hipótese 3c. O legislador sabe que $M1$ é mais satisfatório que $M2$ e $M3$ e é menos interferente que $M2$ e $M3$. Há a certeza de que $M2$ e $M3$ não podem, em qualquer circunstância, ser adotados. Há incerteza sobre se dentro das alternativas Mn há alternativas mais (ou menos, ou tão) satisfatórias quanto $M1$ e alternativas menos (ou mais, ou tão) interferentes que $M1$. Está por isso aberta a possibilidade de haver alternativas Mn mais satisfatórias e menos interferentes que $M1$. Esta situação é diferente da que analisámos em 5b. Aí, Mn era, com incerteza, uma alternativa mais satisfatória e mais interferente. A incerteza epistémica parcial positiva sobre os efeitos de Mn , levava a que o legislador deixasse de estar obrigado a adotar $M1$. Mas não se colocava a dúvida sobre se surgia uma obrigação de adotar Mn . Ora, a possibilidade de Mn ser mais satisfatória e menos interferente, que se coloca nesta hipótese 5d, é uma daquelas que, em *contexto de certeza*, obrigaria o legislador a adotá-la (de acordo com 5a), excluindo forçosamente $M1$ (conforme 1a). Se o legislador se inclinar, embora sem certeza, para que um meio Mn é mais satisfatório e menos interferente do que $M1$, que, por seu turno, é mais satisfatório e menos interferente que as outras alternativas sobre as quais há certeza ($M2$, $M3$), está obrigado a adotar Mn ? A resposta é afirmativa. O segmento da necessidade veda que o legislador, inclinando-se (sem certeza) para que um meio Mn é mais satisfatório e menos interferente que $M1$, opte por este último.

7.4.2.6. Variantes da hipótese 6

Na *hipótese 6b* (meio $M1$ tão satisfatório quanto alguns outros $[M2, M3]$, havendo incerteza sobre Mn , e menos interferente que todos os outros $[M2, M3, Mn]$), sabe-se com certeza que $M1$ é a menos interferente de todas as alternativas disponíveis ($M2, M3, Mn$), sendo tão satisfatório quanto $M2$ e $M3$. Se não houvesse incerteza epistémica, seria caso para a aplicação do resultado da hipótese 6a: $M1$ *teria de ser adotado* pelo legislador. Mas em 6b não há a certeza sobre se $M1$ é menos (ou mais, ou tão) satisfatório quanto algum Mn . Por isso, pode acontecer que o legislador se incline, sem certeza, para que há um Mn mais satisfatório que $M1$ e mais interferente que $M1$, exatamente como em 5b e com as mesmas consequências de supressão do dever do legislador de adotar $M1$ e de atribuição ao legislador do poder de escolher entre $M1$ e a alternativa Mn , nos termos conjugados das hipóteses 8a e 9a.

É mais um caso de relevância da superação da incerteza epistémica.

Na *hipótese 6c*, $M1$ é tão satisfatório quanto todos os outros ($M2, M3, Mn$) e menos interferente que alguns outros ($M2, M3$), havendo incerteza sobre Mn . Também em 6c, na ausência de incerteza epistémica sobre Mn , $M1$, enquanto meio tão satisfatório quanto todos os outros e menos interferente que todos os outros, seria a única alternativa elegível (como em 6a). Todavia, a incerteza epistémica abre espaço a que seja relevante que o legislador admita, sem certeza, que há meios alternativos Mn tão satisfatórios quanto $M1$, mas também tão ou menos interferentes. Se o legislador se inclinar para que Mn é menos interferente que $M1$, deve adotar Mn , à semelhança do que vimos a propósito de 5d. Mais uma vez, a incerteza epistémica conduz a uma diminuição da liberdade de conformação.

A mesma simetria e identidade de resultados existe entre as *hipóteses 6d* (meio $M1$ tão satisfatório e menos interferente quanto alguns outros $[M2, M3]$, havendo incerteza sobre Mn) e 5d.

7.4.2.7. Variantes da hipótese 7

Na hipótese 7b (meio *M1* mais satisfatório que alguns outros [*M2*, *M3*], havendo incerteza sobre *Mn*, e tão interferente quanto todos os outros [*M2*, *M3*, *Mn*]), há a certeza que *M1* é mais satisfatório que *M2* e *M3* e é tão interferente quanto eles. Se não houvesse incerteza epistémica sobre *Mn*, valia, sem mais, a doutrina da hipótese 7a: o legislador disporia de liberdade de conformação estrutural, podendo optar por *M1* ou por *M2* ou *M3*. Porém, há uma situação de incerteza epistémica sobre se há meios *Mn* mais, menos ou tão satisfatórios quanto *M1*. Esta situação de incerteza epistémica é como que um negativo da fotografia das hipóteses 3b (meio *M1* menos satisfatório que alguns outros [*M2*, *M3*], havendo incerteza sobre *Mn*, e tão interferente quanto todos os outros [*M2*, *M3*, *Mn*]) e 4b (meio *M1* tão satisfatório quanto alguns outros [*M2*, *M3*], havendo incerteza sobre *Mn*, e tão interferente quanto todos os outros [*M2*, *M3*, *Mn*]). O modo como aí lidámos – e excluímos – a relevância dessa incerteza adapta-se à presente hipótese 7b. Fazendo-se a conjugação das hipóteses 3a (*M1* menos satisfatório e tão interferente quanto *Mn*), 4a (*M1* tão satisfatório e tão interferente quanto *Mn*) e 7a (*M1* mais satisfatório e tão interferente quanto *Mn*), sabe-se que, se a intensidade de interferência das várias alternativas disponíveis se mantiver igual, o legislador pode optar entre os vários meios, independentemente da respetiva intensidade de satisfação. No plano do segmento da necessidade, é indiferente se *M1* é mais, menos ou tão satisfatório quanto *M2*, *M3* ou *Mn*, desde que não haja diferenças na intensidade de interferência das alternativas disponíveis (isto é, têm todas a mesma). Como se viu na hipótese 3b, isto leva a que seja irrelevante – para efeitos da necessidade, bem entendido – saber se existe incerteza epistémica em relação a alternativas a *M1* e se se ficciona a superação dessa incerteza epistémica. A liberdade de conformação estrutural do legislador funciona com o mesmo alcance e da mesma forma, haja ou não incerteza epistémica, seja ou não superada, podendo optar por *M1*, *M2*, *M3* ou *Mn*, mesmo que sobre este recaia incerteza sobre a sua intensidade de satisfação. Recordam-se, mais uma vez as cautelas, já referidas em várias ocasiões, sobre a possibilidade de a escolha de um meio menos satisfatório do que outro elegível poder tornar mais difícil a passagem da norma legislativa pelo crivo da proporcionalidade e.s.e.

A hipótese 7c (meio $M1$ mais satisfatório que todos os outros [$M2$, $M3$, Mn] e tão interferente quanto alguns outros [$M2$, $M3$], havendo incerteza sobre Mn) configura a situação em que o legislador tem a certeza que $M1$ é mais satisfatório que $M2$, $M3$ e tão interferente quanto eles, pelo que, se só houvesse essas alternativas, poderia optar por qualquer delas, no contexto da sua liberdade de conformação inerente à hipótese 7a. Fica, porém, aberta a possibilidade de Mn ser menos, ou mais, ou tão interferente. Se $M1$ for mais satisfatório e mais interferente que Mn , cai-se na situação da hipótese 9a; se $M1$ for mais satisfatório e tão interferente quanto Mn , vale a doutrina da hipótese 7a; se $M1$ for mais satisfatório e menos interferente, é aplicável a doutrina de 1a, conjugadamente com 5a (na estrita relação entre $M1$ e Mn). Nas duas primeiras situações, a incerteza epistémica não tem qualquer consequência: em ambos os casos o legislador mantém a liberdade de conformação estrutural que lhe permite optar entre todas as alternativas disponíveis, tal como existiria se não houvesse incerteza epistémica. Já no terceiro caso, se o legislador se inclinar para que Mn é menos satisfatório e mais interferente que $M1$, Mn tem de ser excluído, pelo que a liberdade de conformação do legislador sofre uma compressão.

A hipótese 7d (meio $M1$ mais satisfatório e tão interferente quanto alguns outros [$M2$, $M3$], havendo incerteza sobre Mn), como todas as hipóteses d , avoluma a incerteza epistémica das hipóteses anteriores, já que pode envolver incerteza sobre as duas intensidades, de satisfação e de interferência. Se houvesse apenas as alternativas $M1$, $M2$, $M3$, o legislador disporia de liberdade de conformação estrutural para escolher entre elas (hipótese 7a). Não sendo esse o caso, é possível, por exemplo, que na penumbra da incerteza epistémica haja alternativas Mn em relação às quais o legislador se incline para que são mais satisfatórias e menos interferentes do que $M1$. Transformando a incerteza epistémica sobre Mn em certeza, para efeitos da respetiva superação, Mn teria de ser adotado e $M1$ (bem como $M2$, $M3$) excluído, conforme a doutrina das hipóteses 5a e 1a, nos termos estudados a propósito das hipóteses 3c, 3d, 5d (aplicáveis a 4d). Mas se a inclinação do legislador pender noutra direção, também é possível que haja alternativas Mn que se agreguem a $M2$ e $M3$, ou alternativas Mn que tenham de ser excluídas.

7.4.2.8. Variantes da hipótese 8

Na *hipótese 8b* (meio $M1$ menos satisfatório que alguns outros [$M2$, $M3$], havendo incerteza sobre Mn , e menos interferente que todos os outros [$M2$, $M3$, Mn]), o legislador sabe que $M1$ é menos satisfatório e menos interferente que $M2$ e $M3$. Se não houvesse outros meios Mn , disporia de liberdade de conformação estrutural que lhe permitiria escolher entre eles (hipóteses 8a e 9a), ou seja, entre $M1$ e um meio mais satisfatório e mais interferente, $M2$ ou $M3$. Contudo, o legislador não tem certeza sobre a intensidade de satisfação de Mn , a qual pode ser maior (ou menor, ou igual) que a de $M1$. $M1$ pode, portanto, ser mais, tão ou menos satisfatório que Mn , sendo menos interferente que ele. Se o legislador se inclinar para que $M1$ é mais ou tão satisfatório que Mn , $M1$ prevaleceria sempre face a Mn . Mn teria de ser excluído (v. hipóteses 1a, 2a, 5a e 6a), conforme já visto a propósito de 3c, 3d, 5d, 7d. No caso de se inclinar para que $M1$ é menos satisfatório que Mn e menos interferente que Mn , situação semelhante à da relação com $M2$ e $M3$, a superação da incerteza epistémica teria relevância, na medida em que permite aditar Mn ao grupo dos meios elegíveis. Em qualquer dos casos, a superação da incerteza epistémica é relevante, diminuindo a liberdade de conformação do legislador, ou aumentando-a.

Na *hipótese 8c* (meio $M1$ menos satisfatório que todos os outros [$M2$, $M3$, Mn] e menos interferente que alguns outros [$M2$, $M3$], havendo incerteza sobre Mn), o legislador sabe, como na anterior, que $M1$ é menos satisfatório e menos interferente que $M2$ e $M3$. Se não houvesse outros meios alternativos disponíveis, disporia de liberdade de conformação estrutural que lhe permitiria escolher entre eles (hipóteses 8a e 9a), isto é, entre $M1$ e um meio mais satisfatório e mais interferente como $M2$ ou $M3$. Neste caso, a incerteza resulta de não saber com certeza se Mn é mais, menos ou tão interferente. Se o legislador se inclinar para que Mn é mais interferente, sendo também, com certeza, mais satisfatório, a superação da incerteza epistémica limita-se a engrossar os meios elegíveis, agregando-se Mn à lista. Se a inclinação for para que Mn é tão interferente quanto $M1$, sendo este menos satisfatório, recai-se na situação da hipótese 3a, a qual envolve também liberdade de conformação estrutural do legislador, agregando-se igualmente Mn à lista de alternativas elegíveis. Se a inclinação for para que Mn é menos interferente do que $M1$ (e, necessariamente, do que $M2$, $M3$) e mais satisfatório do que $M1$, mais uma

vez se regressa à situação resultante da conjugação entre as hipóteses 1a e 5a, levando à exclusão de *M1* e à concomitante adoção obrigatória de *Mn*, nos mesmos termos que em 3c, 3d, 5d, 7d, 8b. A superação das incertezas sistêmicas tem, também aqui, diferentes consequências, sendo, por isso, relevante.

A hipótese 8d (meio *M1* menos satisfatório e menos interferente que alguns outros [*M2*, *M3*], havendo incerteza sobre *Mn*) merece tratamento idêntico à hipótese 7d, designadamente no tocante à possibilidade de a superação das incertezas epistêmicas ter como consequência a exclusão de *M1*, *M2*, *M3*, o aditamento de *Mn* à lista de elegíveis ou a exclusão de *Mn*, dependendo da inclinação do legislador sobre a relação comparativa entre *Mn* e *M1*.

7.4.2.9. Variantes da hipótese 9

Na hipótese 9b (meio *M1* mais satisfatório do que alguns outros [*M2*, *M3*], havendo incerteza sobre *Mn*, e mais interferente do que todos os outros [*M2*, *M3*, *Mn*]), o legislador sabe que *M1* é mais satisfatório que *M2* e *M3* e mais interferente que eles. Sabe também que *M1* é mais interferente que todos *Mn*, mas não tem a certeza sobre se há algum *Mn* mais, menos, ou tão satisfatório quanto *M1*. Se o legislador se inclinar para que *M1* é mais satisfatório que *Mn*, isso não terá consequências, a não ser que *M1* e *Mn* devem ser considerados elegíveis como alternativas, entre as quais o legislador pode optar (juntamente com as demais). Mas o caso muda de figura se existir uma situação de incerteza epistémica parcial positiva, com inclinação para que *M1* é menos ou tão satisfatório quanto *Mn*, isto é, *Mn* é tão ou mais satisfatório que *M1* e menos interferente que *M1*. Nessa circunstância, como já se mostrou em hipóteses anteriores, há lugar à conjugação das orientações das hipóteses 1a e 2a e, eventualmente, das hipóteses 5a e 6a. Dessa conjugação, resulta a exclusão de *M1* do leque de alternativas elegíveis e a eventual obrigação de adotar *Mn* (eventual, porque depende da comparação da intensidade de interferência de *Mn*, *M2* e *M3*). A incerteza epistémica, por conseguinte, é relevante, na medida em que a sua superação, através de uma ficção de certeza, alarga ou estreita o leque de opções elegíveis, no âmbito das quais o legislador exerce a liberdade de conformação.

Na *hipótese 9c* (meio $M1$ mais satisfatório que todos os outros [$M2, M3, Mn$] e mais interferente do que alguns outros [$M2, M3$], havendo incerteza sobre Mn), $M1$ não corre o perigo de ser afastado do elenco das alternativas elegíveis: mesmo que haja inclinação do legislador para considerar que $M1$ é mais interferente que Mn , isso não tem influência no que toca à sua elegibilidade. Em contrapartida, Mn pode ter de ser excluído: é o que sucede se o legislador se inclinar para que $M1$, sendo mais satisfatório, também é menos interferente que Mn ; de outro ângulo, Mn é menos satisfatório e mais interferente que $M1$ (*hipótese 1a*). Por outro lado, havendo a certeza de que $M1$ é mais satisfatório, se a incerteza epistémica parcial positiva se traduzir na inclinação para que $M1$ é tão interferente quanto Mn , este fará parte do elenco de alternativas elegíveis pelo legislador (*hipóteses 7a, 3a*). A incerteza epistémica também é relevante: nuns casos, a sua superação provoca a redução do leque de alternativas elegíveis, noutros, o seu alargamento.

Finalmente, sobre a *hipótese 9d* (meio $M1$ mais satisfatório e mais interferente que alguns outros [$M2, M3$], havendo incerteza sobre Mn), valem as considerações feitas sobre 7d e 8d.

7.4.3. Incerteza sobre todas as alternativas disponíveis e elegíveis

Se a situação for de incerteza total e absoluta sobre as relações comparativas entre as várias alternativas disponíveis, não estão preenchidas as condições mínimas de *racionalidade* de decisão, pelo que a norma não deve ser produzida. Nesse cenário, o legislador não consegue avaliar as intensidades de interferência e de satisfação de cada uma das putativas alternativas (putativas, porque poderá chegar ao limite de nem sequer definir uma inclinação sobre a respetiva adequação), ou estabelecer, ainda que com dúvidas, relações de comparação entre elas. Trata-se, porventura, de uma situação tão rara quanto a de certeza absoluta, mas é teoricamente concebível. Diferente (mas em casos extremos pode aproximar-se do anterior), é o caso em que o legislador não evita uma situação de incerteza epistémica parcial positiva sobre *todas* as alternativas disponíveis. Nessa hipótese, o legislador não tem a certeza sobre nenhuma das relações, isto é, não sabe com segurança se uma é mais, menos

ou tão satisfatória ou mais, menos ou tão interferente quanto as demais, mas tem uma *inclinação* ou uma *posição* racionalmente fundada – não uma mera intuição, ou ‘palpite’ – sobre essas relações. Em condições institucionais propícias, a opção assumida pelo legislador nestas condições de incerteza epistémica pode ser considerada válida, designadamente em sede de controlo da proibição do excesso, como veremos no momento próprio.

8. As modalidades da necessidade

O exercício do número anterior, deliberadamente mais exaustivo do que é habitual em trabalhos congéneres, procura evidenciar e explorar na maior medida possível as virtualidades do segmento da necessidade como critério de decisão. Embora seja impossível suprimir toda a margem de indeterminação e de abertura que o segmento comporta - resultante das avaliações e valorações imprescindíveis para a sua aplicação -, fica demonstrado que é pelo menos possível densificá-lo parcialmente através da enunciação de alguns critérios de decisão.

O retrato que se fez até aqui representa o segmento da necessidade na sua modalidade mais aberta, que designamos por *lata*. A modalidade *lata* corresponde à definição do segmento da necessidade apresentada no início deste capítulo e perfila-se como a versão base desta.

Contudo, a manipulação de alguns fatores pode fazer surgir modalidades diferentes da necessidade. Crítica é a extensão da liberdade de conformação do legislador. Se esta for reconhecida de forma menos generosa do que a que ressalta da modalidade *lata*, é possível configurar teoricamente outra modalidade menos transigente ou ‘deferente’ (em relação à vontade do legislador). Será aqui designada por modalidade *estrita*.

Alguma doutrina e jurisprudência ensaiam uma outra modalidade de necessidade, que podemos designar por *ponderada*.

Partindo das trinta e seis hipóteses percorridas, densificaremos de seguida a (i) *modalidade lata* da necessidade, distinguindo um domínio de indiferença (absoluta e relativa) - isto é, um domínio no âmbito do qual o legislador age com liberdade - e um domínio de imposição - no contexto do qual o legislador está obrigado a uma

opção específica. Depois realizaremos o mesmo exercício em relação à (ii) *modalidade estrita*. Também em relação a ela se pode falar de um domínio de indiferença, mas a sua caracterização assenta essencialmente na distinção entre casos de preeminência absoluta e relativa e de exclusão absoluta e relativa. Finalmente, apreciaremos a pertinência de um *tertio genus*, o (iii) da *modalidade ponderada*.

8.1. Modalidade lata

8.1.1. O domínio de indiferença

Neste domínio, para efeitos do segmento da necessidade, é indiferente que o legislador opte por uma ou outra alternativa disponível.

Há um domínio de indiferença absoluta e um domínio de indiferença relativa.

Na *absoluta*, o segmento não prefere, nem exclui nenhuma das alternativas disponíveis. *M1* e as demais alternativas disponíveis são *todas* elegíveis pelo legislador. A liberdade de conformação não é perturbada pelo segmento da necessidade. Qualquer que seja a alternativa disponível escolhida, ela é sempre compatível com este segmento.

Na *relativa*, pode haver situações em que o segmento da necessidade admite todas as alternativas disponíveis como elegíveis - tal como no domínio de indiferença absoluta -, mas pode também suceder que a forma concreta como as incertezas epistémicas parciais positivas funcionam determine que *M1* ou alguma das outras opções não sejam elegíveis. Por outras palavras: no domínio de indiferença relativa o simples exercício da liberdade de conformação não gera forçosamente uma decisão conforme ao segmento da necessidade. Tem de se ter em conta também o mecanismo de superação da incerteza epistémica que recai sobre algumas das alternativas disponíveis.

8.1.1.1. Indiferença absoluta

- meio *M1* menos satisfatório que todos os outros e tão interferente quanto todos os outros (3a);
- meio *M1* menos satisfatório que alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns, e tão interferente quanto todos os outros (3b);
- meio *M1* tão satisfatório quanto todos os outros e tão interferente quanto todos os outros (4a);
- meio *M1* tão satisfatório quanto alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns, e tão interferente quanto todos os outros (4b);
- meio *M1* mais satisfatório que todos os outros e tão interferente quanto todos os outros (7a);
- meio *M1* mais satisfatório que alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns, e tão interferente quanto todos os outros (7b);
- meio *M1* menos satisfatório e menos interferente que todos os outros (8a);
- meio *M1* mais satisfatório e mais interferente do que todos os outros (9a).

8.1.1.2. Indiferença relativa

- meio *M1* menos satisfatório que todos os outros e tão interferente quanto alguns, não havendo a certeza sobre a intensidade de interferência de alguns outros (3c);
- meio *M1* menos satisfatório e tão interferente quanto alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns outros (3d);
- meio *M1* tão satisfatório quanto todos os outros e tão interferente quanto alguns outros, não havendo a certeza sobre a intensidade de interferência de alguns outros (4c);
- meio *M1* tão satisfatório e tão interferente quanto alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns (4d);

- meio *M1* mais satisfatório que alguns outros, havendo incerteza sobre alguns outros, e menos interferente que todos os outros (5b);
- meio *M1* mais satisfatório que todos os outros e tão interferente quanto alguns outros, não havendo a certeza sobre a intensidade de interferência de alguns outros (7c);
- meio *M1* mais satisfatório e tão interferente quanto alguns outros, não havendo a certeza sobre outros (7d);
- meio *M1* menos satisfatório que alguns outros, não havendo a certeza sobre outros, e menos interferente que todos os outros (8b);
- meio *M1* menos satisfatório que todos os outros e menos interferente que alguns outros, não havendo a certeza sobre a intensidade de interferência de alguns outros (8c);
- meio *M1* menos satisfatório e menos interferente que alguns outros, não havendo a certeza sobre outros (8d);
- meio *M1* mais satisfatório do que alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns outros, e mais interferente do que todos os outros (9b);
- meio *M1* mais satisfatório que todos os outros e mais interferente que alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns outros (9c);
- meio *M1* mais satisfatório e mais interferente que alguns outros, não havendo a certeza sobre outros (9d).

8.1.2. O domínio de imposição

O domínio de imposição do segmento da necessidade é aquele em que este *impõe* ao legislador a adoção de uma determinada opção. Domínio de imposição positiva, no caso de situações em que um meio, pela comparação com as restantes alternativas disponíveis, tem de ser *forçosamente adotado* por imposição do segmento da necessidade. Domínio de exclusão, ou de imposição negativa, no caso de situações em que o mesmo segmento impõe que um meio, pela sua relação com as demais alternativas consideradas, seja *liminarmente excluído* pelo autor do ato. Em nenhum desses casos existe liberdade de conformação do legislador. Agrupemos agora tais situações:

8.1.2.1. Domínio de imposição positiva

Meios que *devem* ser adotados (domínio de imposição positiva), em termos de (i) preeminência absoluta e de (ii) preeminência relativa.

8.1.2.1.1. Preeminência absoluta

Em caso de preeminência absoluta, *M1* prevalece sobre todas as alternativas:

- meio *M1* mais satisfatório que todos os outros e menos interferente que todos os outros (5a);
- meio *M1* tão satisfatório quanto todos os outros e menos interferente que todos os outros (6a).

8.1.2.1.2. Preeminência relativa

Em caso de preeminência relativa, *M1* prevalece sobre algumas das alternativas, não sendo, porém, isso decisivo, uma vez que existe incerteza sobre as demais:

- meio *M1* mais satisfatório que todos os outros e menos interferente que alguns outros, havendo incerteza sobre a intensidade de interferência de alguns outros (5c);
- meio *M1* mais satisfatório e menos interferente que outros, havendo incerteza sobre alguns outros (5d);
- meio *M1* tão satisfatório quanto um ou alguns outros, havendo incerteza sobre alguns outros, e menos interferente que todos os outros (6b);
- meio *M1* tão satisfatório quanto todos os outros e menos interferente que um ou alguns outros, havendo incerteza sobre a intensidade interferente de alguns outros (6c);

- meio *M1* tão satisfatório quanto um ou alguns outros e menos interferente que eles (6d).

8.1.2.2. Domínio de exclusão ou imposição negativa

Meios que devem ser excluídos (domínio de imposição negativa), em absoluto ou por referência a outros.

8.1.2.2.1. Exclusão absoluta

No domínio da exclusão absoluta, *M1* cede perante todas as alternativas:

- meio *M1* menos satisfatório que todos os outros e mais interferente que todos os outros (1a);
- meio *M1* tão satisfatório quanto todos os outros e mais interferente que todos os outros (2a).

8.1.2.2.2. Exclusão relativa

No domínio da exclusão relativa, *M1* cede perante uma ou algumas das alternativas:

- meio *M1* menos satisfatório que alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns outros e mais interferente que todos os outros (1b);
- meio *M1* menos satisfatório que todos os outros e mais interferente que alguns outros, não havendo a certeza sobre a intensidade de interferência de alguns outros (1c),
- meio *M1* menos satisfatório e mais interferente que alguns outros (1d);
- meio *M1* tão satisfatório quanto um ou alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns outros, e mais interferente que todos os outros (2b);

- meio *M1* tão satisfatório quanto todos os outros e mais interferente que alguns outros, não havendo a certeza sobre a intensidade de interferência de alguns outros (2c);
- meio *M1* tão satisfatório quanto um ou alguns outros e mais interferente que eles, não havendo a certeza sobre alguns outros (2d).

8.2. Modalidade estrita

O teste da proporcionalidade tal como entendido pelo Supremo Tribunal do Canadá, em *Oakes* (1986), incorporava uma modalidade estrita da necessidade²⁰³¹.

Em termos gerais, a modalidade estrita impõe que, entre as alternativas disponíveis capazes de *cumprir em grau razoável* o fim, seja adotada pelo legislador a menos interferente de *todas*, independentemente da intensidade de satisfação de cada uma.

A aplicação de uma modalidade estrita implica que haja situações em que *M1*, em vez de *poder* ser adotado, como na modalidade lata, (i) *deve* ser adotado ou (ii) é *proibido*. Em ambos os casos, a opção pela adoção de *M1* deixa de caber na liberdade de conformação do legislador (sai do domínio de indiferença, absoluta ou relativa), para (i) passar a ser positivamente imposta ou (ii) excluída. O elenco das alternativas cuja escolha é indiferente é mais diminuto que na modalidade lata. A superação do segmento da necessidade é mais difícil.

Não se confunda o funcionamento do segmento da necessidade numa modalidade estrita com as situações em que tem de ser adotado um meio menos interferente em consequência de um juízo de proporcionalidade e.s.e. Nesse caso, o meio supera o crivo da necessidade, mas não resiste subsequentemente à operação de ponderação inerente à proporcionalidade e.s.e., obrigando, eventualmente, o autor do ato a procurar um meio menos interferente para conseguir superar este teste. Diversamente, a modalidade estrita da necessidade impõe a adoção do meio menos

²⁰³¹ De acordo com *Oakes*, "(...) *the means, even if rationally connected to the objective in this first sentence should impair "as little as possible" the right or freedom in question*" Essa modalidade estrita da necessidade foi superada em *R v Edwards Books and Art Ltd*, ainda em 1986, ficando estabelecido que o *minimal impairment* não requer sempre que a lei afete direitos da maneira mais ligeira possível: v., por todos, **Hickman**, «The Substance...», p. 709.

interferente, vedando, portanto, a adoção de um meio mais interferente embora mais satisfatório, ainda antes de qualquer juízo sobre a proporcionalidade e.s.e. Por isso, pode suceder que, mesmo adotando o meio menos interferente disponível, ele não logre superar o teste da proporcionalidade e.s.e.

Todas as situações de imposição positiva e negativa enunciadas a seguir acrescem àquelas que já constavam das correspondentes classes na modalidade lata.

8.2.1. Domínio de imposição positiva

Os casos de imposição positiva são aqueles em que o meio *M1* é menos interferente que as demais alternativas disponíveis sobre as quais o legislador dispõe de certeza, mas é também menos satisfatório.

8.2.1.1. Preeminência absoluta

Casos adicionais de preeminência absoluta:

- meio *M1* menos satisfatório que todos os outros e menos interferente que todos os outros (8a);
- meio *M1* menos satisfatório que alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns, e menos interferente que todos os outros (8b).

8.2.1.2. Preeminência relativa

Casos adicionais de preeminência relativa:

- meio *M1* menos satisfatório que todos os outros e menos interferente que alguns outros, não havendo a certeza sobre a intensidade de interferência de outros (8c);

- meio *M1* menos satisfatório e menos interferente que alguns outros, não havendo a certeza sobre alguns outros (8d).

8.2.2. Domínio de exclusão ou de imposição negativa

Os casos de exclusão são aqueles em que *M1* é mais interferente que os meios alternativos disponíveis sobre os quais o legislador dispõe de certeza, mas é também o mais satisfatório:

8.2.2.1. Exclusão absoluta

Casos adicionais de exclusão absoluta:

- meio *M1* mais satisfatório que todos os outros e mais interferente do que todos os outros (9a);
- meio *M1* mais satisfatório do que um ou alguns outros e mais interferente do que todos os outros (9b).

8.2.2.2. Exclusão relativa

Casos adicionais de exclusão relativa:

- meio *M1* mais satisfatório que todos os outros e mais interferente do que um ou alguns outros (9c);
- meio *M1* mais satisfatório e mais interferente que um ou alguns outros (9d).

8.3. Modalidade ponderada

8.3.1. A estrutura da necessidade ponderada

As modalidades lata e estrita têm uma estrutura idêntica, que foi sendo clarificada ao longo deste capítulo: assentam numa operação de *comparação* das intensidades de interferência e de satisfação de meios alternativos. Essas intensidades são em regra medidas através de indicadores qualitativos e quantitativos. Por vezes, quando os meios alternativos afetam diferentes bens, interesses ou valores ou diferentes dimensões de um mesmo bem, interesse ou valor (designadamente direitos fundamentais), a comparação de intensidades de interferência dos meios alternativos convoca operações de ponderação. A ponderação, nestas circunstâncias, é um instrumento auxiliar - e contingente - da comparação de intensidades de interferência de meios alternativos.

De acordo com alguma doutrina e jurisprudência, há uma modalidade da necessidade em que a ponderação assume uma função não contingente e não meramente auxiliar à comparação das intensidades de interferência. Trata-se da *necessidade ponderação* ou modalidade *ponderada* da necessidade²⁰³².

A *necessidade ponderação* prescinde à partida de dois axiomas das outras modalidades da necessidade: nem assume que tenha forçosamente de se adotar o meio menos interferente, nem aceita que, à partida e por princípio, se possa sempre adotar um meio mais interferente só por ser (o) mais satisfatório.

Como qualquer outra modalidade da necessidade, a operação básica consiste na comparação entre duas ou mais alternativas.

²⁰³² V. **Sartor**, «A Sufficientist Approach...», pp. 63 ss. (embora em termos não isentos de crítica, designadamente devido à forma ambígua como relaciona esta modalidade da necessidade com a proporcionalidade e.s.e.); **Petersen**, «How to Compare the Length...», p. 1396 (na medida em que admite a possibilidade de haver uma medida ligeiramente menos efetiva mas significativamente menos intrusiva, dando um exemplo, a partir do *case law* do TJUE, relacionado com a rotulagem; o autor admite que o Tribunal nestes casos faz algum tipo de ponderação no contexto da necessidade). Também de algum modo ambíguo, **Hickman**, «The Substance...», pp. 711 ss., fala de *relative proportionality*, em contraste com a *overall proportionality* (reconduzível à proporcionalidade e.s.e.). Embora a necessidade ponderada (ou *relative proportionality*) tenha, estruturalmente, pontos comuns com a proporcionalidade e.s.e., uma vez que exige, tal como a proporcionalidade e.s.e., operações de ponderação, parece ser ainda uma modalidade da necessidade, pelo que não se deve confundir com a proporcionalidade e.s.e., nem sequer do ponto de vista terminológico.

Mas aqui não se fica pela averiguação de qual a alternativa mais, menos ou tão interferente ou satisfatória. Procura-se averiguar se o ‘ganho’ (menor interferência) obtido através de *M1*, comparado com *M2*, compensa a ‘perda’ (menor satisfação) trazida por *M1*, comparado com *M2* (ou vice-versa, se o ‘ganho’ de maior satisfação de *M2*, comparado com *M1*, compensa a ‘perda’ resultante da maior interferência de *M2*)²⁰³³.

Esta modalidade *ponderada* compara os ‘saldos’ entre as intensidades de interferência e as intensidades de satisfação produzidos por cada uma das alternativas e opta por aquela que revele uma relação *mais justa* ou equilibrada²⁰³⁴. Ocorrem as noções de equilíbrio de bem-estar social e é de alguma forma sugestiva a invocação do critério de Kaldor-Hicks²⁰³⁵.

Podemos ilustrar isto da seguinte forma: *M1* tem intensidade de interferência de grau 3 e de satisfação de grau 4; *M2* tem intensidade de interferência de grau 4 e de satisfação de grau 4, 5; *M3* tem intensidade de interferência de grau 2 e de satisfação de grau 3.

Nesta hipótese, a modalidade *lata* aceitaria (mas não impor) *M2*, bem como *M1* ou *M3*. A modalidade *estrita* impor *M3* e excluir *M1* e *M2*.

A questão seria bem mais complexa no que toca à modalidade *ponderada*. Assim, o grau de interferência de *M2* aumentou 1 em relação a *M1*, mas o ‘ganho’ em termos de satisfação foi apenas de 0,5, pelo que o acréscimo marginal de satisfação através de *M2* não justifica o aumento marginal do grau de interferência (0,5 compara com 1). De acordo com a necessidade *ponderada*, *M2* estaria excluída. O legislador poderia todavia optar entre *M1* ou *M3*.

De outro ângulo: *M1* poderia ser adotada sob as modalidades *lata* e *ponderada*, mas seria excluída sob a modalidade *estrita*; *M2* poderia ser adotada segundo a modalidade *lata*, mas seria excluída pelas outras duas modalidades; *M3* deveria ser adotada na perspetiva da modalidade *estrita* e poderia ser adotada na perspetiva das modalidades *lata* e *ponderada*.

A necessidade *ponderada* é por vezes apresentada com uma modalidade da proporcionalidade e.s.e. Na doutrina, esse equívoco é patente no trabalho de SARTOR.

²⁰³³ Parecendo rejeitar esta possibilidade, Šušnjar, *Proportionality...*, p. 237.

²⁰³⁴ Hickman, «The Substance...», p. 712.

²⁰³⁵ Hickman, «The Substance...», p. 712, nota.

Haveria duas modalidades da proporcionalidade e.s.e.; na primeira, uma medida *M1* é proporcional e.s.e. se o saldo entre a promoção do valor *P2* e a ablação do valor *P1* for positivo ou não inferior a \emptyset (denotando \emptyset a situação existente no momento da emissão da medida); na segunda, uma medida *M1* ablativa do valor *P1* e promotora do valor-fim *P2* é proporcional e.s.e. se não existir uma medida alternativa *M2* que seja superior a *M1* no que toca a *P1* e superior a *M1* no que toca ao conjunto constituído por *P1* e *P2*²⁰³⁶.

Ora, se configurada a segunda hipótese dessa forma, *M1* pode, ou não, resistir ao segmento da necessidade na sua modalidade ponderada, caso se trate de uma situação em que esta é admissível²⁰³⁷: se não o superar não terá de ser sujeita ao teste da proporcionalidade e.s.e.; se o superar, está sujeita à primeira (e única) modalidade da proporcionalidade e.s.e.

Este equívoco entre os âmbitos teóricos da necessidade (ponderada) e da proporcionalidade e.s.e. afeta também alguma jurisprudência de referência, como o mostra a decisão do Supremo Tribunal de Israel sobre a constitucionalidade da criação de um muro de segurança (*security fence*) em certas regiões daquele Estado²⁰³⁸.

No caso, a medida escolhida pelo Governo de Israel, *M1*, implicava uma intensidade de satisfação do interesse da segurança (*P1*) muito elevada (*P1_{mais}*), mas também implicava, em contrapartida, uma intensidade de interferência nos direitos das comunidades locais (*P2*) elevada (*P2_{mais}*). Em alternativa, a medida *M2* (diferentes traçado e disposição do muro), apontada como viável por alguns setores, implicava uma intensidade de satisfação do interesse da segurança menos elevada, mas ainda elevada (*P1_{mais}*), e implicava uma intensidade de interferência nos direitos das comunidades locais elevada mas significativamente menos elevada (*P2_{menos}*). À luz da modalidade *lata* da necessidade, a opção por *M1* não é censurável, uma vez que garante uma intensidade de satisfação de *P1*, superior à intensidade de satisfação assegurada por *M2*. No entanto, o Tribunal entendeu que a circunstância de *M1* garantir uma intensidade de satisfação do interesse de segurança *apenas*

²⁰³⁶ **Sartor**, «The Logic of Proportionality...», pp. 1447-1448.

²⁰³⁷ Note-se que é admitida a exceção (até indesejabilidade, para **Sartor**) desta modalidade, quando realizada pelo juiz constitucional: «The Logic of Proportionality...», p. 1448.

²⁰³⁸ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel* (2008).

ligeiramente mais elevado do que o garantido por *M2*, ao mesmo tempo que *M1* implicava uma intensidade de interferência nos direitos das comunidades locais significativamente mais elevado do que *M2*, determinava a inconstitucionalidade de *M1*, por violação da proporcionalidade e.s.e. Reconstruindo o que parece ter sido o *iter* lógico do Tribunal israelita no controlo deste segmento da proibição do excesso, ele pode ser descrito em cinco passos:

- 1.º passo: *M1* (bem como *P1_{mais}* e *P2_{mais}*) e *M2* (bem como *P1_{mais}* e *P2_{menos}*) são identificadas;
- 2.º passo: *M1* é comparada com *M2*, verificando-se que à luz da modalidade lata da necessidade *M1* não viola esse segmento;
- 3.º passo: *P2_{mais}* é comparada com *P2_{menos}*, valorando-se quanto maior é a intensidade de interferência em *P2_{mais}*;
- 4.º passo: *P1_{mais}* é comparada com *P1_{mais}*, valorando-se quanto maior é a intensidade de satisfação de *P1_{mais}*;
- 5.º passo: são comparados os acréscimos da intensidade de interferência e de satisfação causados por *M1*, em relação a *M2*, e pondera-se se o acréscimo de intensidade de satisfação de *M1* em relação a *M2* *justifica* o acréscimo de intensidade de interferência de *M1* em relação a *M2*; se não justificar, *M1* viola o segmento da proporcionalidade e.s.e.

O Supremo Tribunal de Israel sustentou que se pode agregar à operação típica do segmento da proporcionalidade e.s.e. uma operação de *comparação meio-meio*, operação em parte estruturalmente semelhante à que é central à apreciação da necessidade²⁰³⁹. Esta fórmula de aplicação, se admissível, complexificaria significativamente a operação de ponderação, já de si complexa.

Ora, a verdade é que o juiz constitucional israelita enquadrrou incorretamente, do ponto de vista teórico e metódico, a operação e a conclusão (eventualmente correta) que efetuou. O que fez foi proceder a uma comparação de duas alternativas, típica da necessidade e, mais especificamente, da necessidade ponderada. A operação realizada nada tinha a ver com a proporcionalidade e.s.e., era autónoma desta. Essa

²⁰³⁹ A operação de *comparação de alternativas* não seria metodicamente exclusiva da necessidade. Cfr. a explicação em **Barak, *Proportionality***..., pp. 353 ss.; **Sullivan/Frase, *Proportionality Principles***..., p. 7, aludem a uma fusão da *ends-proportionality* com a *means-proportionality*.

autonomia fica comprovada se tivermos em conta que qualquer das duas alternativas poderia claudicar perante o teste da proporcionalidade e.s.e.: a circunstância de uma ($M2$) ser comparativamente melhor do que a outra ($M1$) não obstará a que se apurasse que aquela (e esta) contrariava o segmento da proporcionalidade e.s.e.

Por outro lado, não se vislumbra razão para não se ter recorrido à modalidade lata (que, como vimos, se pode considerar corrente e universal) da necessidade. Se as diferenças de intensidades de satisfação de $M1$ e $M2$ eram residuais, ligeiras ou de pequena monta, $M1$ e $M2$ poderiam ter sido consideradas igualmente satisfatórias. Sendo $M1$ significativamente mais interferente do que $M2$, $M1$ podia ter sido declarada desnecessária, mesmo sem recurso à metódica inerente à modalidade ponderada.

8.3.2. Crítica à necessidade ponderada

A necessidade ponderada pode ser criticada sob dois pontos de vista: metódico e democrático.

Nos exemplos acima apresentados, usámos duas técnicas distintas para ilustrar a metódica da necessidade ponderada: no primeiro caso, recorremos a uma escala cardinal; no segundo (referente ao caso de Israel), recorremos a uma escala ordinal, composta pelos graus *maismais*, *mais* e *menosmais*.

Ora, a escala cardinal, se possível, permitiria ilustrar adequadamente a operação metódica em causa e asseguraria a racionalidade. Todavia, ela esbarra com um problema pragmático: o problema da incomensurabilidade ou irredutibilidade a escalas métricas dos bens, interesses ou valores (e das intensidades de satisfação ou de interferência) cuja harmonização se visa. Adiante este ponto será exaustivamente desenvolvido e demonstrado. Afirmações do género " $M1$ tem intensidade de interferência de grau 3 e de satisfação de grau 4" ou " $M2$ tem intensidade de interferência de grau 4 e de satisfação de grau 4,5" são inatingíveis, a não ser de forma que muitos considerariam arbitrária.

Restaria a técnica da escala ordinal. Esta é viável na deliberação prática, como demonstraremos quando estudarmos a proporcionalidade e.s.e.²⁰⁴⁰ Todavia, no âmbito da proporcionalidade e.s.e. não se lida com, nem há que apurar, *saldos*.

Do ponto de vista da objetividade e racionalidade, essa operação é linear.

A operação proposta para a necessidade ponderada é significativamente mais complexa. Nesta, como se verificou através da decomposição do *iter* decisório do Tribunal israelita, há que apurar a intensidade de satisfação e de interferência de uma medida (por hipótese, *maismais e mais*) e de outra medida alternativa (por hipótese, *mais e menosmais*), comparando depois os *saldos* e escolhendo a medida que tiver um saldo mais equilibrado. Todavia, não se vê como é possível defender racionalmente que uma medida que produz efeitos *maismais e mais* é desnecessária, quando considerada a existência de uma medida que produz efeitos *mais e menosmais*, ou vice-versa. Para a comparação de *saldos* seria necessário aplicar-se uma escala cardinal, o que é impossível.

Por outro lado, a modalidade ponderada da necessidade é mais constrangedora da atividade do legislador do que a modalidade *lata*. A ser metodicamente viável, justificar-se-ia a aplicação em âmbitos limitados e a introdução de algumas salvaguardas. Uma destas salvaguardas seria inevitavelmente a significativa limitação da possibilidade de o juiz constitucional apelar a esta modalidade de necessidade como norma de controlo da atividade do legislador²⁰⁴¹. Doutro modo, além de crescer significativamente o grau de imprevisibilidade da decisão judicial, haveria uma deslocação sensível do poder de decisão e de valorações para a esfera judicial.

8.4. Conclusão: a conceção preferível

De um certo ângulo, pode resumir-se a diferença entre a modalidade *lata* e a *estrita*, dizendo que a primeira privilegia maior satisfação, enquanto a segunda privilegia menores interferências.

²⁰⁴⁰ Capítulo 18.

²⁰⁴¹ V. as indicações de **Sartor**, «A Sufficientist Approach...», pp. 64-65.

A modalidade estrita do segmento da necessidade decerto acautela melhor os bens, interesses ou valores que tiverem de ser concretamente sacrificados. Contra a aceitação de que o autor do ato possa optar por soluções *mais lesivas* mas *mais satisfatórios*, alegar-se-á que se trata de uma posição excessivamente permissiva, uma vez que pode redundar, na prática, na irrelevância, não aplicação ou inutilidade, do segmento da necessidade, já que a medida mais gravosa ou mais lesiva tem frequentemente maior eficiência na prossecução das finalidades à partida definidas²⁰⁴². A aceitação de uma maior satisfação como fator de justificação da maior interferência seria suscetível de salvar a maior parte dos meios comparativamente mais interferentes do que outros²⁰⁴³. Se, como assinalámos, uma conceção *estrita* praticamente afasta qualquer hipótese de meios altamente satisfatórios poderem superar com sucesso o teste da necessidade, a conceção *lata* é suscetível de produzir o efeito inverso, condenando a necessidade à irrelevância.

Por outro lado, a modalidade estrita desemboca virtualmente numa menor proteção dos bens, interesses e valores a que o legislador atribuiu maior peso na fase de conformação do fim. A imposição ao legislador da escolha do meio menos interferente, independentemente do seu grau de satisfação (que não tem de ser mais do que razoável), pode traduzir-se na inviabilização de um nível máximo de realização dos bens, interesses ou valores que o legislador definiu como fim desejável do ato. A modalidade estrita constrange, portanto, a liberdade de definição do nível de realização do fim²⁰⁴⁴.

Entre nós, a modalidade seguida é nitidamente a *lata*²⁰⁴⁵.

Trata-se de uma solução defensável à luz do imperativo de preservar a liberdade de conformação do legislador. Todavia, não se deve descartar por completo a

²⁰⁴² V., por exemplo, **Novais**, *As restrições...*, p. 743; **Hickman**, «The Substance...», p. 703 (“só muito raramente se dará o caso de o queixoso ser capaz de indicar um meio menos lesivo que seja tão ou mais efetivo”).

²⁰⁴³ **Serrano**, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, p. 197.

²⁰⁴⁴ Frisando este aspeto, **Rivers**, «Proportionality...», p. 199: o legislador (Parlamento) tem um papel proeminente na seleção do nível apropriado de realização do interesse público; cfr., porém, **Hickman**, «The Substance...», pp. 703 ss. A circunstância de a exigência de *minimal impairment* poder amarrar excessivamente o legislador, foi uma das críticas que **Oakes** suscitou no Canadá.

²⁰⁴⁵ V., por todos, o acórdão n.º 187/01, do Tribunal Constitucional, analisado detalhadamente *supra*, capítulo 5. Trata-se do acórdão concernente à atribuição da reserva de propriedade das farmácias a farmacêuticos.

possibilidade de aplicação circunstancial e limitada da modalidade estrita, ou pelo menos de versões atenuadas da modalidade lata.

Um argumento nesse sentido é o seguinte: justifica-se o afastamento ou matização da aplicação da modalidade *lata* em situações de *excepcional* sacrifício de certos bens, interesses ou valores. Uma resposta "musculada", do tipo declaração e feitura da guerra, ou de certas ações antiterroristas com uso de pesados meios militares, pode ser mais eficiente na prossecução dos fins visados do que qualquer outra, mas nem sempre isso é suficiente para que supere o crivo da necessidade. Pode defender-se, nesses casos, que o decisor não pode adotar as medidas mais interferentes simplesmente porque são as mais eficientes ou satisfatórias. Ainda que não se resvale para uma concepção extrema da necessidade estrita - que admita apenas a adoção da medida adequada menos restritiva, mesmo que reduzidamente satisfatória -, há a possibilidade de sustentar que, em certas circunstâncias, o segmento da necessidade impõe a adoção de *uma das alternativas menos interferentes*, ainda que não a menos interferente de todas.

Dezassete

NA ANTECÂMARA DA
PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO: SOBRE A PONDERAÇÃO EM
GERAL

1. Noção preliminar de ponderação

Pode distinguir-se entre ponderação como método, procedimento, técnica ou operação e ponderação como resultado. Aqui focaremos especificamente a ponderação-método²⁰⁴⁶.

Para a Teoria do Direito, ponderação é um método de raciocínio e deliberação que, verificando-se colisão normativa e não sendo esta resolvida por norma jurídica sobre colisões, visa encontrar uma solução através da definição de relações de prevalência ou de igualdade, em abstrato ou em concreto, entre magnitudes com

²⁰⁴⁶ Sobre ponderação (ou *balancing*), **Frantz**, «The First Amendment in the Balance», *cit.*; **Arndt**, «Zur Güterabwägung bei Grundrechten», *cit.*; **Mendelson**, «On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance», *cit.*; **Nimmer**, «The Right to Speak from Times to Time...», *cit.*; **John Hart Ely**, «Flag Desecration...», *cit.*; **Schlink**, *Abwägung im Verfassungsrecht*, *cit.*; **Henkin**, «Infallibility under Law...», *cit.*; **Harald Schneider**, *Die Güterabwägung...*, *cit.*; **Aleinikoff**, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *cit.*, p. 943; **Coffin**, «Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice», *cit.*; **Enderlein**, *Abwägung in Recht und Moral*, *cit.*; **McFadden**, «The Balancing Test», *cit.*; **Sullivan**, «Post Liberal Judging. The Roles of Categorization and Balancing», *cit.*; **Faigman**, «Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication», *cit.*; **Pildes**, «Avoiding Balancing...», *cit.*; **Ossenbühl**, «Abwägung im Verfassungsrecht», *cit.*; **Sieckmann**, «Abwägung von Rechten», *cit.*; *idem*, «Grundrechtliche Abwägung...», *cit.*; **Gavara de Cara**, *Derechos fundamentales...*, pp. 286 ss.; **H. J. Koch**, «Die normentheoretische Basis der Abwägung», *cit.*; **Leisner**, *Der Abwägungsstaat*, *cit.*; **Santiago**, *La ponderación de bienes e intereses...*, *cit.*; **Zorrilla**, *Conflictos...*, pp. 155 ss.; **Ladeur**, «Abwägung—ein neues Rechtsparadigma?», *cit.*; *idem*, *Kritik der Abwägung...*, *cit.*; **Porat**, «The Dual Model of Balancing...», *cit.*; **Paulo Branco**, *Juízo de ponderação...*, *cit.*; **Benvindo**, *On the limits of constitutional adjudication...*, *cit.*; **Barak**, «Proportionality and Principled Balancing», *cit.*; **Webber**, «Proportionality, Balancing...», *cit.*; **Schauer**, «Balancing, Subsumption...», *cit.*; **Bomhoff**, *Balancing...*, *cit.*; **Sanchís**, *Neoconstitucionalismo...*, *cit.*; **Pino**, *Derechos...*, pp. 131 ss.; **Yowell**, «Proportionality in United States...», *cit.* Na literatura portuguesa, **Novais**, *As restrições...*, pp. 644 ss.; **Teixeira de Sousa**, *Introdução...*, pp. 457 ss.

significado normativo²⁰⁴⁷. Aprofundando um pouco mais, a ponderação: (i) é uma *técnica ou método* jurídico (ii) de resolução de colisão normativa; (iii) não tem lugar quando esta é resolvida através da aplicação de critério normativo pré-dado, diretamente dedutível de norma jurídica sobre colisões; (iv) aplica-se em situações em que uma deliberação pretende superar a *colisão de variáveis normativamente relevantes comparáveis* através de um *tertium comparationis*; (v) visa o estabelecimento de uma relação de prevalência ou de igualdade entre as variáveis comparadas, através da atribuição ficcionada de pesos relativos e da respetiva ordenação; (vi) pode ser realizada em abstrato²⁰⁴⁸ ou em concreto; (vii) pode operar nos vários estádios de criação/realização do direito (produção, interpretação, aplicação).

Este conceito de ponderação coincide com o que na introdução designámos por *ponderação ou valoração bilateral/plurilateral* ou *contrapeso* (também *balancing*). Todavia, algumas das teses que estudaremos nos números seguintes propõem/admitem outro conceito de ponderação, que designámos de *ponderação* ou *valoração unilateral*, isto é, a aferição ou atribuição de peso, grau ou importância a uma determinada variável (propriedade, atributo, fator ou grandeza juridicamente relevantes) isoladamente considerada.

O conceito de ponderação interessa a várias disciplinas e delas recebe o influxo. Por isso, apesar do esforço de depuração do conceito *jurídico* de ponderação, a sua correta compreensão beneficia amiúde das reflexões importadas de outras áreas científicas.

²⁰⁴⁷ Como nota **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 1, a ubiquidade do conceito torna difícil a sua definição, que pode variar de ordem jurídica para ordem jurídica. Para outras definições, nem sempre totalmente coincidentes: **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 945 (colocando a tónica no *balancing* de interesses competidores); **Ávila**, *Teoria...*, 7ª ed., p. 143; **Zorrilla**, *Conflictos...*, p. 202; **Pino**, *Derechos...*, p. 133; **de Fazio**, «Sistemas normativos...», p. 199.

²⁰⁴⁸ A construção da ponderação abstrata é atribuída por alguns ao trabalho de **Rudolf Smend** sobre liberdade de expressão: v. "Das Recht der freien Meinungsäußerung", *cit. Cfr. infra* e **Borowski**, *La estructura...*, p. 73; **Gavara de Cara**, *Derechos fundamentales...*, p. 290.

2. As teses sobre a relação entre proibição do excesso e ponderação

O debate doutrinal sobre a relação entre proibição do excesso e ponderação (ou *balancing*) não produziu até agora resultados inequívocos²⁰⁴⁹. Entre as várias teses sobre aquela relação, assumem particular interesse as seguintes: (i) proibição do excesso (ou proporcionalidade e.s.a. no sentido clássico) e ponderação são a mesma coisa; (ii) proporcionalidade e.s.e. e ponderação são a mesma coisa; (iii) pode haver ponderação fora do quadro da proibição do excesso; (iv) pode haver aplicação de um teste de proibição do excesso dentro do quadro da ponderação; (v) pode haver aplicação da proporcionalidade e.s.e. com ponderação unilateral, isto é, sem contrapeso; (vi) a aplicação da proporcionalidade e.s.e. envolve sempre específicas operações de ponderação bilateral.

2.1. Proibição do excesso (ou proporcionalidade e.s.a.) e ponderação são a mesma coisa

Esporadicamente, detetam-se na doutrina alguns indícios, por norma ambíguos, ou parecendo desvios de linguagem da assimilação entre proporcionalidade em sentido amplo e ponderação, contrapeso ou *balancing*²⁰⁵⁰.

Essa assimilação só seria correta se adotássemos um conceito de ponderação diferente daquele que é corrente e que corresponde ao que propusemos. Teria de ser um conceito de ponderação com um sentido equivalente a avaliação, consideração ou análise dos argumentos a favor e contra uma conclusão juridicamente relevante, com vista a tomar uma decisão, podendo ou não recorrer-se à imagem do peso relativo. Desse modo, o conceito de ponderação poderia cobrir os três segmentos da proporcionalidade em sentido amplo, permitindo quer a consideração dos fatores empíricos, quer dos fatores valorativos. Esse sentido amplíssimo abriga também conceitos como o de *ponderação metodológica*, isto é, a

²⁰⁴⁹ Cfr. sobre isso, entre muitos, **van Gerven**, «The Effect of Proportionality ...», pp. 49 ss.; **Engle**, «The History of the General Principle...», *cit.*; **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 20.

²⁰⁵⁰ Entre os mais recentes, **Sanchís**, *Neoconstitucionalismo...*, pp. 124 ss.; **Amado**, «El juicio de ponderación...», *cit.*; **Feyen**, «Proportionality...», p. 55.

ponderação através da qual se estabelece o peso dos particulares cânones de interpretação, atribuindo-se prevalência concreta a uns sobre os outros (por exemplo, do elemento literal sobre os demais)²⁰⁵¹.

2.2. Proporcionalidade e.s.e. e ponderação são a mesma coisa

Todavia, não é esse sentido amplíssimo o que geralmente se liga à ponderação. Tão pouco a relação mais discutida é a da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso com a ponderação. A questão mais relevante é a da relação entre proporcionalidade e.s.e. e a ponderação bilateral/multilateral ou *balancing*²⁰⁵².

No ambiente europeu, o debate sobre a relação entre o princípio da proporcionalidade e.s.e. e o princípio da ponderação de bens, interesses ou valores (*Güter und Interessenabwägung* e *Wertabwägung*, geralmente considerados equivalentes²⁰⁵³) surgiu cedo, mas tardou (tarda) a ser encerrado. HIRSCHBERG escreveu no início da década de 1980 que a relação entre os dois permanecia em aberto, à falta de uma minuciosa discussão sobre o tema. Ele próprio ensaia esse debate minucioso²⁰⁵⁴, inclinando-se para a assimilação²⁰⁵⁵.

É possível dizer que, dentro e fora da Alemanha, a tendência dominante (mas não unânime) pende a favor da equivalência das noções de ponderação de bens, interesses ou valores - *balancing* ou *weighting*, na expressão anglo-saxónica - e de proporcionalidade e.s.e.²⁰⁵⁶

²⁰⁵¹ Sobre a ponderação metodológica, **Borowski**, *Grundrechte...*, p. 315; *La estructura...*, p. 105.

²⁰⁵² V. uma súmula desse debate em **Harald Schneider**, *Die Güterabwägung...*, pp. 204 ss.; **Gavara de Cara**, *Derechos...*, pp. 286 ss.; **Koch**, «Die normentheoretische Basis der Abwägung», *cit.*; **Santiago**, *La ponderación de bienes...*, *cit.*; **Pulido**, *El principio...*, pp. 163 e 569 ss.; **Novais**, *Os princípios...*, p. 272; **Jiménez**, «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *cit.*

²⁰⁵³ V. **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 83.

²⁰⁵⁴ **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, pp. 84 ss.

²⁰⁵⁵ **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 101.

²⁰⁵⁶ **Alexy**, «Discourse Theory...», p. 23 (e vários outros locais); **Evans/Stone**, «Balancing and Proportionality...», p. 4; **Pulido**, *El principio...*, pp. 163 e 569 ss. (assimilando "mandato de ponderação" e proporcionalidade em sentido estrito); **Christoffersen**, *Fair Balance: Proportionality...*, p. 70; **Šušnjar**, *Proportionality*, p. 201.

2.3. Pode haver ponderação fora do quadro da proibição do excesso

Esta é a concepção que tem prevalecido na prática jurisprudencial norte-americana. A ponderação ou *balancing* ou é realizada autonomamente, funcionando como técnica autossuficiente de decisão e aplicação do direito, ou é integrada noutros testes que, apesar das zonas de sobreposição, não são assimiláveis à proibição do excesso²⁰⁵⁷.

Na Europa essa concepção tem também uma linhagem relevante. A propósito da prática do TEDH, fala-se de um modelo de proporcionalidade *sintética* ou, talvez melhor, *condensada*, que integra a ponderação de todos os fatores, incluindo adequação e necessidade, numa única etapa de apreciação da proporcionalidade e.s.e.

Como se assinalou antes, o Tribunal Constitucional alemão inaugurou na *Lüth-Urteil*, um caso de liberdade de expressão protegida pelo artigo 5.º, n.º 1, da *GG*, a operação metódica da *Güterabwägung*. Em causa não estava a apreciação da constitucionalidade de uma norma legislativa, mas o julgamento de um recurso de amparo cujo *tema decidendum* era uma colisão entre direitos de particulares, sustentados numa complexa imbricação entre normas constitucionais e normas de direito privado. Tratava-se de definir qual dos direitos deveria prevalecer no caso concreto. Nenhuma referência foi feita à proporcionalidade.

Esta ausência de qualquer ligação sistemática com a ideia de proporcionalidade assume um significado relevante na medida em que pela mesma altura (também em 1958) o Tribunal produziu a *Apothekenurteil*. Em causa estava a limitação legal da liberdade de escolha e de exercício da profissão (artigo 12.º, n.º 1, da *GG*) para proteção ou promoção de interesses públicos. A decisão das farmácias notabilizou-se, entre outros aspetos, pelo pioneiro recurso ao princípio da proporcionalidade como utensílio analítico para aferir da legitimidade das restrições daquelas posições jurídicas jus fundamentais. Tal como em *Lüth*, nenhuma referência foi feita à relação

²⁰⁵⁷ Cfr. *supra*, capítulo 3.

entre princípio da proporcionalidade e ponderação de bens, interesses ou valores²⁰⁵⁸.

Estavam assim lançadas duas linhas jurisprudenciais paralelas, não sendo claro se rivais ou complementares. O apartamento entre as duas técnicas teria outros episódios²⁰⁵⁹. Porém, tal não quer dizer que a linha se manteve uniforme. Isso flui, por exemplo, da decisão do caso *Lebach* (1973), de onde também emergia a colisão entre liberdades do artigo 5.º, n.º 1, e outras considerações. O canal de televisão ZDF pretendia difundir uma reportagem sobre um assalto a um depósito de munições do exército alemão de que havia resultado a morte ou o ferimento grave de vários soldados. Dois jovens haviam-no perpetrado, com a colaboração acessória de um terceiro. Os dois primeiros haviam sido condenados a prisão perpétua; o terceiro - que, além do mais, contribuíra para o esclarecimento do crime - fora condenado a uma pena de seis anos de prisão. A estação de televisão preparava-se para difundir a reportagem quando este último estava prestes a sair da prisão, regressando à região onde o crime havia sido cometido. Nela eram recordadas as circunstâncias do crime, mas também a natureza homossexual das relações entre os seus autores. No contexto de um recurso de amparo, a primeira câmara do *BVerfG* considerou vários bens, interesses ou valores contraditórios de igual peso constitucional: por um lado, o direito ao desenvolvimento da personalidade, à proteção da esfera íntima, da imagem e outros direitos de personalidade, bem como o interesse - simultaneamente privado e público - da ressocialização; por outro, a liberdade de imprensa e de informação, bem como o interesse geral da comunidade de receber informação. O Tribunal entendeu a certo passo que "[a] invasão na esfera pessoal é limitada pela necessidade de satisfazer o interesse público de receber informação, ao mesmo tempo que o dano infligido no acusado deve ser proporcional à seriedade da ofensa ou pelo contrário à sua importância para o público"²⁰⁶⁰. Ainda que neste caso a consideração de *interesses públicos* ou da dimensão institucional de direitos

²⁰⁵⁸ Sobre esta decisão, v. mais desenvolvimento *supra*, capítulo 1.

²⁰⁵⁹ No mesmo dia da *Lüth-Urteil* foi decidido também o caso *Plakaten*, com orientação similar (*BVerfGE*, vol. 7, pp. 230 ss.); caso do artigo 5.º, n.º 1, é também *Schmid-Spiegel* (1961). Para o resumo e comentário, **Kommers/Miller, *The Constitutional Jurisprudence...***, pp. 450 ss.; **Lindahl**, «On Robert Alexy's Weight Formula...», pp. 357 ss.

²⁰⁶⁰ V. transcrição em **Kommers/Miller, *The Constitutional Jurisprudence...***, p. 482 (trad. minha); resumo em **Hirschberg, *Der Grundsatz...***, pp. 81-82.

ou interesses privados (do direito a ser informado e do direito à ressocialização) seja mais nítida ou alegadamente mais relevante, não é possível identificar o critério que levou a que em *Lüth* tenha sido realizada simplesmente uma ponderação de bens, interesses ou valores e que em *Lebach* se tenha recorrido ao parâmetro da proporcionalidade, atribuindo-se *dentro desta* relevo central à ponderação dos vários bens, interesses ou valores, privados e públicos, envolvidos²⁰⁶¹.

Destas decisões emblemáticas iniciais do Tribunal Constitucional alemão não resultam critérios precisos de relação entre proporcionalidade e.s.e. e ponderação de bens, interesses e valores. Por isso, da doutrina e da jurisprudência é possível colher tanto indicações favoráveis à assimilação²⁰⁶² como à autonomização, mas sem bases seguras ou inequívocas²⁰⁶³.

Em todo o caso, do ponto de vista metódico e conceptual não é impossível ponderar bens, interesses ou valores de forma *autónoma* ou *fora do quadro* da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso. É possível ponderar bens, interesses ou valores colidentes, para definir relações de prevalência ou de equivalência entre eles, sem estabelecer, pressupor ou considerar qualquer relação de meio e fim (própria da adequação) ou qualquer relação entre meios alternativos (atinente à necessidade). E mesmo que se tenham em mente considerações de adequação e de necessidade, elas podem não adquirir relevo autónomo e prévio ou

²⁰⁶¹ **Hirschberg, Der Grundsatz...**, p. 92, avança a possibilidade de o Tribunal ter querido fugir às críticas demolidoras que a ponderação de bens, interesses ou valores de *Lüth-Urteil* havia suscitado e que, aparentemente, o princípio da proporcionalidade não suscitaria.

²⁰⁶² Cfr. as numerosas referências fornecidas por **Hirschberg, Der Grundsatz...**, pp. 87 ss.

²⁰⁶³ Demonstrativo da dificuldade da doutrina alemã em distinguir claramente entre princípios da ponderação de bens, interesses ou valores e da proporcionalidade, em sentido estrito ou amplo, é o referencial trabalho de **Häberle** sobre a garantia do conteúdo essencial dos direitos, *Die Wesensgehaltgarantie...*, pp. 31 ss. A distinção entre ponderação e proporcionalidade é um pilar importante da sua construção, na medida em que define o princípio da ponderação como o princípio através do qual se determina o *conteúdo* e concretiza os *limites* (imanentes) dos direitos fundamentais. A ponderação de bens é um instrumento de *interpretação* e de determinação do alcance normativo e da definição das fronteiras dos direitos (sujeitos a uma reserva de "leis gerais", na aceção *weimariana* de **Smend**) em relação a outros bens jurídicos de valor igual ou superior, com o objetivo de *equilíbrio* entre eles. Os limites imanentes protegem o conteúdo essencial do direito conforme a ponderação de bens (*ob. cit.*, p. 58). Consequentemente, a determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é realizada também com ponderação dos bens (*ob. cit.*, p. 64). A questão de proporcionalidade surge só depois de a ponderação de bens ter tido lugar (*ob. cit.*, p. 67). A breve referência do autor não permite, porém, perceber nem qual o conteúdo que atribui ao princípio da proporcionalidade (eventualmente correspondente apenas à necessidade), nem de que forma estabelece a articulação entre ponderação de bens e princípio da proporcionalidade e qual a função deste como princípio aplicável às restrições do exercício de direitos.

prejudicial e ser apenas fatores a considerar quando se atribui peso às variáveis a ser contrapesadas.

A autonomização da ponderação de bens, interesses ou valores pode justificar-se, por exemplo, quando estiverem em causa colisões de interesses individuais concretos de particulares, baseados no direito privado (corrigido, ou não, pelo efeito irradiante das normas constitucionais de direitos) ou no próprio direito constitucional (particularmente nas ordens jurídicas em que vigora o chamado recurso de amparo)²⁰⁶⁴.

Era esse, aliás, o perfil de *Lüth*. O tema central era o da atribuição de maior ou menor peso a um dos bens, interesses ou valores concretamente colidentes, no caso a liberdade de expressão. O Tribunal efetuou uma operação de ponderação que permitiu a atribuição de pesos diferenciados e relações de prevalência ou equivalência aos bens, interesses ou valores envolvidos²⁰⁶⁵. A relação meio-fim, que ocupa um lugar central na linha de preocupações da proporcionalidade clássica, não estava no centro do debate. O fim da ação de LÜTH foi simplesmente uma das circunstâncias do caso a considerar pelo juiz na atribuição de peso à liberdade de expressão em concreto. Embora o Tribunal tenha sublinhado a importância de o fim de ERICH LÜTH ser a efetiva influência da opinião pública (para boicotar o filme)²⁰⁶⁶, a consideração do fim ou da sua relação com o meio não era o tema central.

²⁰⁶⁴ Por isso, há trabalhos relevantes e exaustivos sobre ponderação (ou *balancing*) que, não obstante a particular incidência na Alemanha, prescindem por completo de tomar uma posição inequívoca sobre a relação com a proporcionalidade: v. recentemente **Bomhoff, *Balancing...*, cit.**

²⁰⁶⁵ Pouco depois de *Lüth-Urteil*, pode ver-se, também, *Schmid-Spiegel* (1961). Uma completa avaliação sobre se esta tensão entre situações em que é realizada uma mera operação de ponderação, sem aparente aplicação do quadro global da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica, e situações em que esta é aplicada, assentou num critério preciso e reflexivamente adotado, aplicado com consistência e reiteração ou ao invés superado a partir de certa altura, requereria um estudo compreensivo da jurisprudência constitucional alemã, que não se revela nem praticável nem imprescindível.

²⁰⁶⁶ V. a transcrição em **Kommers/Miller, *The Constitutional Jurisprudence...***, p. 447: "Aqui a relação entre fins e meios é importante. A proteção da expressão é merecedora de menor proteção quando exercida para defender um interesse privado - particularmente quando o indivíduo prossegue um fim egoísta no contexto do setor económico - do que quando a expressão contribui para o debate intelectual de opiniões..." (trad. minha).

2.4. Pode haver aplicação de um teste de proibição do excesso dentro do quadro da ponderação

A possibilidade de um teste de proibição do excesso ser realizado no quadro de (ou confundido com) uma operação de *balancing* ou ponderação, foi ventilada por SCHLINK²⁰⁶⁷. Embora a linha de raciocínio esteja escassamente demonstrada, a situação parece poder descrever-se do seguinte modo: havendo que ponderar entre um interesse público ou coletivo e um interesse particular, o peso daquele interesse público pode depender da aplicação incidental de um teste de proporcionalidade. Assim, para se saber se o interesse das autoridades em utilizar armas de fogo contra reclusos em fuga se sobrepõe aos interesses destes é necessário analisar se a utilização dessas armas é adequada e necessária para obviar a uma séria ameaça física para um cidadão²⁰⁶⁸. Só depois de aferida a proporcionalidade e.s.e. (no sentido que lhe é dado pelo autor) do uso de arma de fogo para proteger outras pessoas se poderia proceder à operação de *balancing* entre os interesses do Estado e os interesses dos particulares em fuga. Neste caso, a ponderação não seria o derradeiro passo do exame da proporcionalidade em sentido amplo, mas o quadro em que esta é aplicada.

O próprio autor admite que a distinção pode ser confusa. Tanto quanto confusa, é contestável. A sua pertinência só se coloca se for aceite a tese sobre a proporcionalidade e.s.e. como garantia mínima (sem ponderação) do direito fundamental afetado. Essa tese será apresentada e discutida de seguida. Num quadro em que a proporcionalidade e.s.e. se operacionalize através de uma operação de ponderação entre os efeitos positivos de satisfação de bens, interesses ou valores e os efeitos negativos de interferência noutros, não há que distinguir

²⁰⁶⁷ V. «Proportionality in Constitutional Law...», p. 293.

²⁰⁶⁸ **Schlink** usa como ponto de partida para a formulação da sua tese o caso do Supremo Tribunal norte-americano *Tennessee v. Garner*, (1985). Vejamos como ele formula a hipótese: "...sometimes balancing also appears as the framework for proportionality analysis. The U.S. Supreme Court, for example, in reviewing the use of deadly force against fleeing felons, balanced the state's interest in preventing the escape of a criminal with the individual's interest in preserving his or her life. To find the proper balance, the Court engaged in a means-end analysis that had the characteristics of proportionality analysis even though the court didn't name it that. The court focused on the use of force against fleeing felons as a means and on the mean's end. The end is to protect citizens; therefore, deadly force is necessary against a fleeing felon only if he or she poses a serious physical threat to a citizen. Only in these situations does the court regard the use of deadly force to be properly balanced.".

entre vários patamares de ponderação dos vários bens, interesses ou valores em jogo. Nesse quadro, se se justificasse a dicotomia, o interesse público do uso de armas de fogo e os interesses subjetivos dos particulares carentes de proteção seriam conjuntamente colocados num dos "pratos da balança" e contrapesados com os interesses do recluso evadido.

2.5. Pode haver aplicação da proporcionalidade e.s.e. com ponderação unilateral (sem contrapeso)

As linhas mestras desta orientação radicam *mutatis mutandis* no quadro conceptual e metódico proposto por SCHLINK. Este autor defende, no essencial, o seguinte: à partida, o princípio da proporcionalidade permite a estruturação e solução de colisões quando a subsunção da situação de facto à estatuição e a materialização das consequências de uma norma não podem ser alcançadas. Incute racionalidade material através dos seus elementos. Através da proporcionalidade e.s.e. reforça os padrões de objetividade das valorações e contrapesos da Administração e da Jurisdição. Todavia, a aplicação da proporcionalidade e.s.e. pelo Tribunal Constitucional está sujeita a uma significativa limitação. A apreciação e substituição das valorações e ponderações do legislador pelo Tribunal em sede de exame da proporcionalidade e.s.e. entram no domínio da política e invadem um campo que compete apenas ao legislador²⁰⁶⁹. O Tribunal não dispõe de legitimidade para valorações e ponderações cuja subjetividade e decisionismo relevam da racionalidade política²⁰⁷⁰. Por isso, um terceiro passo da proibição do excesso como momento de ponderação bilateral, isto é, de comparação do peso de duas grandezas, não deve ocorrer ou deve simplesmente reconfigurar-se como um teste destinado a capturar a violação clara da essência dos direitos fundamentais²⁰⁷¹. A tese de SCHLINK tem inspirado várias (re)construções, em alguns casos alegadamente sincréticas ou matizadas. Uma das recentes é a tese da ponderação

²⁰⁶⁹ **Schlink**, «Der Grundsatz...», pp. 464-465.

²⁰⁷⁰ **Schlink**, «Der Grundsatz...», p. 462.

²⁰⁷¹ **Schlink**, *Abwägung...*, p. 141; «Freiheit...», p. 462 (havendo *nuances* entre os vários textos: v., também, «Proportionality...», p. 300). Sobre o pensamento do autor, **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 241. Cfr., também, **Grimm**, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 238.

(*balancing*) baseada em regras, proposta por ŠUŠNJAR, que procura expressar o modo como alguns tribunais decidem. Não introduzindo alterações significativas no que se refere ao entendimento vulgar do pressuposto do fim legítimo e dos segmentos da adequação e da necessidade, é na proporcionalidade e.s.e. que é refletida a ideia de que é possível (e necessário) conciliar pensamentos e metódicas dedutiva e não dedutiva. Os esquemas metódicos não dedutivistas complementam necessariamente os dedutivistas, estruturantes do raciocínio jurídico. A justificação jurídica nunca se esgota na lógica dedutiva²⁰⁷². A proporcionalidade e.s.e. seria uma estrutura de ponderação no contexto da qual são aplicadas regras deduzidas de princípios com vista à garantia da posição mínima ou da essência do direito.

Para entender esta posição, é necessário compreender o conceito de ponderação que perfilha. A esse conceito podem ser atribuídos dois significados: o de denotar a metódica não dedutiva, em geral; o de se referir a uma forma específica de ponderação, designadamente a ponderação bilateral (ou contrapeso, comparação), como a que é preconizada pela teoria dos princípios²⁰⁷³. Quando o autor defende que a proporcionalidade e.s.e. é uma estrutura de ponderação - nesse aspeto preciso, em rutura com o pensamento de SCHLINK -, está a pensar na ponderação entendida no primeiro sentido. Só excecionalmente é empregue no segundo.

Daí parte para defender que a proporcionalidade e.s.e. envolve duas formas de ponderação (*balancing*) alternativas: a regular e a excecional.

A primeira é ponderação unilateral, não incidente diretamente sobre o direito ou princípio afetado, mas sim sobre razões ou indicadores categoriais ou nominais que permitem aferir o peso ou importância da interferência num direito e se a *posição mínima* desse direito foi salvaguardada pela norma. Se não foi, a norma viola a proporcionalidade e.s.e.²⁰⁷⁴. Neste caso, a apreciação da proporcionalidade e.s.e. assume uma configuração lexicográfica, assentando na valoração, numa base binária, de razões adjacentes ao direito afetado. O foco é *unilateral* porque apenas importa a interferência no direito afetado. Por exemplo, pondera-se se a interferência projetada respeita critérios ou princípios formais, como a coerência,

²⁰⁷² Šušnjar, *Proportionality...*, p. 310.

²⁰⁷³ Šušnjar, *Proportionality...*, p. 358.

²⁰⁷⁴ Šušnjar, *Proportionality...*, p. 309.

consistência e universalizabilidade²⁰⁷⁵, e critérios substantivos, como a existência ou não de um período transitório, de salvaguardas e meios de garantia judicial ou a dimensão do encargo imposto ²⁰⁷⁶.

A segunda ocorre em situações excepcionais, aferindo-se então a proporcionalidade e.s.e. através de ponderação bilateral: é o que sucede quando há uma clara desproporção entre interferências e ganhos²⁰⁷⁷.

Em abono desta tese é invocada a prática de alguns tribunais (*BVerfG*, TEDH, TJUE) que, seja por estarem conscientes do déficit de legitimidade, seja por outros motivos, autorrestringem as suas próprias valorações. Mesmo quando anunciam ou programam um teste de proporcionalidade e.s.e. na sua configuração vulgar - isto é, através de uma operação de comparação dos pesos de bens, interesses ou valores -, muitas vezes não cumprem esse propósito, limitando-se a realizar o exame da proporcionalidade e.s.e. através de um juízo meramente categorial ou absoluto, de garantia de um limiar mínimo de preservação do direito. Nessas circunstâncias, o órgão de fiscalização não aprecia uma relação meio-fim, nem contrapesa a importância do fim com o grau de afetação do bem, interesse ou valor sacrificado. Valora *isoladamente* (valoração ou ponderação unilateral), passo a passo, à luz de *standards* abstratos como os acima mencionados, o grau de sacrifício ou o peso concreto da interferência e a respetiva tolerabilidade ou admissibilidade, de modo a aferir se o sacrifício afeta o limiar mínimo de garantia ou de proteção do bem, interesse ou valor, designadamente direito, em causa²⁰⁷⁸.

Esta distinção entre *duas* modalidades da proporcionalidade e.s.e., uma com ponderação tal como preconizada pela teoria dos princípios (e pelo setor maioritário da doutrina e da jurisprudência, incluindo muitos que não aderem a essa teoria), outra visando apenas a salvaguarda de uma posição mínima, além de forçar até ao extremo o conceito de ponderação, para o pôr a rimar com a noção *schlinkiana*

²⁰⁷⁵ Šušnjar, *Proportionality...*, p. 357. Propõe-se aqui o neologismo para não adulterar o sentido original do termo *universalizability* (Richard Hare).

²⁰⁷⁶ Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 252 ss., esp. 311 ss., 348-349, enumera um rol significativo de *standards*, aplicáveis no quadro de um raciocínio silogístico, mediante os quais se afere a proporcionalidade e.s.e. da medida, isto é, se esta constitui "um intolerável e desproporcionado encargo, lesando a própria substância do direito".

²⁰⁷⁷ Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 238 ss., 308 ss. Alguns autores designam esta hipótese de *desproporcionalidade grosseira*: v. Poscher, «Insights...», p. 435.

²⁰⁷⁸ V. Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 97, 116 (TEDH), 126, 128 (*BVerfG*), 174 ss. (TJUE), 238.

de posição mínima, padece de uma ostensiva fragilidade. O critério seguido para optar por uma ou outra modalidade é o da existência ou não de uma desproporção clara ("*where there is a clear disproportion between the aim and the burden, balancing captures what courts do*"²⁰⁷⁹). Existindo desproporção clara, os tribunais ponderam bilateralmente; não existindo, valoram apenas o grau de sacrifício do direito, medido através da ponderação de razões secundárias, de forma a verificar se a posição mínima foi invadida. Porém, não se vê que os tribunais possam decidir qual das modalidades, regular ou excecional, aplicam, sem averiguar se a desproporção é clara. Para saber se a desproporção é clara têm de ponderar bilateralmente, têm de comparar, de contrapesar. Se os pesos ou valores forem manifestamente discrepantes, acaba aí o processo. Se não o forem, realiza-se a (dita) ponderação regular. Por outras palavras, a aplicação de qualquer das modalidades da proporcionalidade e.s.e. pressupõe *sempre* ponderação bilateral.

2.6. Proporcionalidade e.s.e. e ponderação são *standards* independentes

É a posição de SCHAUER, na medida em que recusa a identificação entre *balancing* (ponderação) e proporcionalidade²⁰⁸⁰. Não existe equivalência, já que o *balancing* é um método que permite o contrapeso de meros interesses ou questões de custo-benefício ou de eficiência económica, comparando ganhos e perdas, vantagens e desvantagens. A linguagem da proporcionalidade é própria das situações em que um dos lados colidentes, ou os dois, são direitos fundamentais²⁰⁸¹, repercutindo o pressuposto de que "os direitos valem mais do que os interesses protegidos que não são direitos"²⁰⁸², beneficiando, por isso, de uma presunção a seu favor ou de uma imposição do ónus da prova a quem pretende restringi-los²⁰⁸³. A expressão *balancing* deveria ser reservada para as situações de colisão entre interesses que

²⁰⁷⁹ Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 241, 309-310.

²⁰⁸⁰ Schauer, «Proportionality...», p. 175.

²⁰⁸¹ *Idem*, p. 176.

²⁰⁸² *Idem*, p. 177.

²⁰⁸³ *Idem*, p. 178.

não são direitos, enquanto a expressão proporcionalidade deveria ser empregue apenas nos casos em que está em causa uma colisão entre dois direitos ou uma colisão entre um direito e um interesse que não é um direito²⁰⁸⁴, integrando na análise uma *regra do peso*²⁰⁸⁵.

Também numa linha de demarcação, ENGLE alega que a modernidade desenvolveu dois conceitos paralelos: o de *balancing* de interesses, político e, portanto, não suscetível de apreciação judicial, e o de proporcionalidade, jurídico e, portanto, suscetível de exame. O primeiro consistiria numa análise custo-benefício própria dos direitos económicos alienáveis; o segundo é próprio dos conflitos de direitos constitucionais²⁰⁸⁶.

Em ambos os casos, parece partir-se de conceitos de *balancing* e de proporcionalidade com alguma especificidade. Por um lado, atribui-se ao conceito de *balancing* um significado (muito norte-americano) mais circunscrito que o de ponderação. Por outro lado, não é certo que o conceito de proporcionalidade tomado como referência seja corrente na doutrina, no direito positivo e até na prática jurisprudencial, parecendo negligenciar-se que a noção mais difundida de proporcionalidade envolve operações de *balancing*, com aquele sentido estrito ou outro mais amplo²⁰⁸⁷.

2.7. A aplicação da proporcionalidade e.s.e. envolve sempre específicas operações de ponderação bilateral

Nenhuma das seis teses antecedentes espelha adequadamente as relações entre proibição do excesso, proporcionalidade e.s.e. e ponderação, que são, simultaneamente, de *diferenciação* e de *sobreposição* parcial; ou tão pouco exprime os adquiridos da fase de maturidade destes *standards*.

²⁰⁸⁴ *Idem*, p. 177.

²⁰⁸⁵ *Idem*, p. 178. Noutro local, «Balancing...», p. 9, **Schauer** esclarece que no *balancing* cada um dos interesses opostos devem ser comparados de acordo com os seus próprios méritos, sem serem sujeitos a uma regra de peso, presunções, cargas de prova e outros fatores que afetam a decisão. Este complemento não parece contribuir para a clarificação do pensamento e conceção do autor.

²⁰⁸⁶ **Engle**, «The History...», p. 8.

²⁰⁸⁷ A posição de **Schauer** pode ser mais bem compreendida se tivermos em conta a sua teoria dos direitos como escudos ou *shields*: cfr. «A Comment on the Structure...», pp. 430 ss.

Por um lado, ponderação e proporcionalidade e.s.e. (e *a fortiori* proporcionalidade e.s.a.) são conceitualmente *diferentes*. Há aplicações do método, técnica ou procedimento da ponderação que nada têm que ver com a proporcionalidade e.s.e.: assim ocorre com o *bilan* coût-avantages, na sua expressão mais marcadamente economicista, ou com as situações em que está em causa a colisão de interesses públicos que o legislador escolhe seguir fora do quadro de qualquer vinculação constitucional.

Por outro lado, há uma zona de *sobreposição*: a proporcionalidade e.s.e. materializa-se através de uma *específica* operação de ponderação (em sentido bilateral ou plurilateral)²⁰⁸⁸. Mais especificamente, a proporcionalidade e.s.e. de uma norma legislativa alcança-se ou apura-se através da realização de uma operação de ponderação bilateral ou plurilateral e não meramente unilateral. As fórmulas que propõem conceitos de ponderação meramente unilateral correm o risco de diluir ou obscurecer os contornos analíticos de diferentes instrumentos, designadamente os da garantia do conteúdo essencial e da proibição do excesso.

Deste ponto de vista, a operação de ponderação peculiar à proporcionalidade e.s.e. é apenas uma das formas possíveis de ponderação, integrando a *grande família da ponderação* (*der Großfamilie Abwägung*²⁰⁸⁹). Tem relações de "parentesco" com vários membros dessa família, mas não é ela própria a "família".

Esta relação de distinção/sobreposição entre proporcionalidade e.s.e. e ponderação gera a necessidade de visitar os vetores essenciais da teoria da ponderação, com vista a facilitar a compreensão da metódica da proporcionalidade e.s.e. Teremos de respeitar, todavia, o espaço limitado de que dispomos. A teoria da ponderação requereria outra dissertação.

²⁰⁸⁸ Lerche, *Übermass...*, pp. 22 ss.; Barnées, «El principio de proporcionalidad...», p. 35.

²⁰⁸⁹ Expressão de Hirschberg, *Der Grundsatz...*, p. 101.

3. A ponderação como reação e alternativa à radical formalização do pensamento jurídico

A técnica da ponderação ou *balancing*, tal como hoje é conhecida e aplicada, é fruto da criatividade jurídica dos EUA e da Alemanha. As bases teóricas, as práticas jurisprudenciais e as envolventes políticas, culturais e sociais são, todavia, diferentes. Por isso, apesar de eventuais cruzamentos, partilhas e zonas de confluência, pode-se falar de dois paradigmas que, com uma ou outra adaptação, influenciam a maior parte dos demais sistemas²⁰⁹⁰.

Em ambos os casos, a origem pretoriana é evidente, ficando na penumbra a ponderação realizada pelo legislador.

Em ambos os casos, a receção pelas jurisdições constitucionais foi antecederida pelo debate teórico e doutrinário do início do século XX contra a tendência formalista do pensamento jurídico clássico - saudado por MAX WEBER como o paradigma da racionalidade formal e substantiva no direito -, baseado na ilusão de, no contexto de um sistema fechado e sem lacunas, deduzir o conteúdo da decisão judicial de proposições abstratas através dos meios da lógica jurídica²⁰⁹¹. Nos EUA, a ortodoxia leva à categorização e definição; na Alemanha, e na Europa em geral, à conceptualização e subsunção. Nos EUA, o debate foi essencialmente animado pela escola realista ou da sociologia jurídica norte-americana, de ROSCOE POUND e outros. Na Alemanha, afirmou-se a *Interessenjurisprudenz*²⁰⁹², de PHILIPP HECK (com paralelismo com a construção teórica de FRANÇOIS GÉNY, em França²⁰⁹³), em rutura com a *Pandektenwissenschaft*, também criticamente conhecida como *Begriffsjurisprudenz*, de PUCHTA, WINDSCHEID e JHERING, na sua fase inicial, bem como, no direito público, de VON GERBER e LABAND. Decisiva foi também a teorização do

²⁰⁹⁰ Cfr. o quadro de **Bomhoff, *Balancing...***, p. 233, sistematizando aquilo que qualifica cada um dos paradigmas.

²⁰⁹¹ **Bomhoff, *Balancing...***, p. 35.

²⁰⁹² *Idem*, p. 7.

²⁰⁹³ **François GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*** (1899).

constitucionalismo ancorado no pensamento de RUDOLF SMEND²⁰⁹⁴, no tempo de Weimar. Alguns consideram-no o pai fundador da ponderação²⁰⁹⁵.

Os juízes constitucionais norte-americano e alemão começaram a aplicar a técnica da ponderação em casos de direitos fundamentais por volta da década de 1950 (ou talvez um pouco antes, nos EUA)²⁰⁹⁶.

Nos EUA é difícil identificar um momento fundador ou até encontrar consenso sobre o primeiro caso julgado pelo Supremo Tribunal no âmbito da garantia de direitos constitucionais com uso da técnica do *balancing*²⁰⁹⁷. Alguns autores citam *Schneider v. New Jersey* (1939), um caso de liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda²⁰⁹⁸. Outros começam em *American Communications Association v. Douds* (1950), o primeiro caso do pós-guerra em que estava em causa a luta contra expressões comunistas na sociedade norte-americana, seguido de *Dennis v. United States* (1951)²⁰⁹⁹. Outros ainda, embora reconhecendo a existência de casos anteriores de *balancing* fora do Direito Constitucional, fixam os primeiros casos no campo dos direitos constitucionais no final dos anos 50, princípios dos anos 60 do século passado: *Barenblatt v. United States* (1959), *Wilkinson v. United States* (1961) e outros da mesma época²¹⁰⁰.

Na Alemanha, diversamente, esse momento fundador está bem identificado: o caso *Lüth* (janeiro de 1958²¹⁰¹), também um caso de liberdade de expressão²¹⁰².

Uma visão de conjunto da prática constitucional mostra que os juízes norte-americanos circunscreveram o *balancing* ao domínio jusfundamental coberto pela

²⁰⁹⁴ *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928).

²⁰⁹⁵ V., por todos, **Borowski**, *La estructura...*, p. 73, citando a "teoria da ponderação" enunciada em «Das Recht der freien Meinungsäusserung», p. 52; **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 98, frisa, porém, que não há nenhuma referência expressa a ponderação de valores ou de interesses nos trabalhos de **Smend**.

²⁰⁹⁶ *Idem*. p. 7.

²⁰⁹⁷ Cfr. o que se escreveu anteriormente a propósito do panorama constitucional dos EUA, *supra*, capítulo 3.

²⁰⁹⁸ V. **Frantz**, «The First Amendment in the Balance», p. 1425; **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 964; **Siegel**, «The Death and Rebirth...», p. 214; **Faigman**, «Madisonian Balancing...», *cit.*, pp. 647 ss.; **Cohen-Elya / Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...», pp. 33 ss.

²⁰⁹⁹ **Thomas Emerson**, «Toward a General Theory of the First Amendment», in *Yale Law Journal*, vol. 72 (1963), p. 912; **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 124, 131 ss.

²¹⁰⁰ **McFadden**, «The Balancing Test», *cit.*, p. 586.

²¹⁰¹ Seguida das decisões *Plakaten* (1958), *Schmid-Spiegel* (1961) e *Spiegel* (1966).

²¹⁰² V. *supra*, capítulo 1.

Primeira Emenda, sempre o considerando opcional, isto é, apenas uma entre as várias técnicas disponíveis. Isso contribuiu para adensar as dúvidas sobre o seu exato âmbito de aplicação²¹⁰³. Ao invés, os juízes alemães viram o *Güterabwägung* como um instrumento da teoria dos direitos fundamentais, imperativa e geralmente aplicável, expressão de uma ordem constitucional perfeita²¹⁰⁴. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional recorreu à ponderação, seja como instrumento autónomo ou integrado no princípio da proporcionalidade, para resolver aparentes antinomias, colisões e dilemas, guiado pelas ideias de constituição como um sistema de valores, de *unidade* da constituição, de equilíbrio (*Ausgleich*) e de síntese harmonizadora²¹⁰⁵. O lançamento da ponderação pelo *BVerfG* assentou no que se designa *compreensão material da constituição e legitimação substantiva (inhaltliche Legitimation)*. A constituição, como repositório e manifestação de uma ordem de valores substantivos, requer necessariamente a acomodação mútua destes, a sua "otimização", através de ponderação²¹⁰⁶. Entre a teoria da integração de SMEND e as ideias de unidade da constituição, harmonização e otimização (*schonendsten Ausgleich*) que fluem da jurisprudência e da doutrina constitucionais alemãs das últimas décadas há um *continuum* natural²¹⁰⁷.

Inicialmente, o recurso à ponderação (e seus pressupostos teóricos, como a *ordem de valores objetiva*), na *Lüth-Urteil* e em outras decisões subseqüentes do *BVerfG*, foi recebida sem entusiasmo pela doutrina²¹⁰⁸. Os percursores modernos do pensamento clássico de LABAND e VON GERBER, como FORSTHOFF ou BÖCKENFÖRDE, criticaram o perigo de dissolução ou de decomposição da ordem

²¹⁰³ Assim, **Bomhoff, *Balancing*...**, p. 144. Algo circularmente, a própria aplicação da técnica do *balancing* em detrimento de outros instrumentos doutrinários dependeria de...*balancing*: **Frantz**, «The First Amendment in the Balance», p. 1433.

²¹⁰⁴ **Bomhoff, *Balancing*...**, p. 188.

²¹⁰⁵ **Schlink**, «Proportionality in Constitutional Law...», p. 295; **Grimm**, «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence», p. 386; **Harbo**, «The Function of Proportionality...», p. 170.

²¹⁰⁶ **Bomhoff, *Balancing*...**, p. 103.

²¹⁰⁷ V., por todos, **Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*...**, pp. 5 ss.; **Bomhoff, *Balancing*...**, pp. 108 ss. (com referências as escritos da década de 1960 de autores como **Müller, Hesse, Scheuner, von Hippel**, tributários de vários quadros teóricos, mas confluentes naquelas ideias).

²¹⁰⁸ Para uma visão geral, **Bomhoff, *Balancing*...**, pp. 87 ss.

constitucional²¹⁰⁹. Mesmo alguns defensores das novas técnicas de argumentação e raciocínio jurídico, que então despontavam, centrados na racionalidade dialética, no pensamento tópico, nas ideias de concretização e atualização das normas jurídicas e na maior atenção aos contornos do caso concreto, duvidaram da consistência da nova doutrina²¹¹⁰.

E foi numa senda semicrítica que alguns autores procuraram "disciplinar" e "enquadrar" a ponderação do *BVerfG*, reconvertendo-a para quadros teórico-analíticos alegadamente mais consistentes, como o princípio da concordância prática, apontado à "otimização dos valores concorrentes"²¹¹¹. Todavia, as dúvidas sobre a consistência da construção jurisprudencial sofreram um processo de desvitalização. Embora não tenham desaparecido os críticos²¹¹², e se fale até de sinais de regresso a quadros teóricos mais formalizados²¹¹³, a ponderação é tomada como um dos veículos da preservação da unidade e da integridade da ordem constitucional e não como um catalisador da sua desagregação, às mãos dos juízes. Permite a inclusão ou integração de considerações substantivas, de natureza social, moral, ética, económica ou política, na *atualização* das normas constitucionais. A ponderação é um dos pilares da ordem jurídico-constitucional apostada em superar antinomias, sintetizar, integrar, otimizar, equilibrar, unificar, garantir concordâncias, harmonizar valores e interesses, "desradicalizar". Todos estes conceitos encontram fácil uso nos ensaios dedicados à ponderação ou *balancing*, o que não quer dizer que não se multipliquem os esforços e propostas de mecanismos de densificação e formalização da técnica da ponderação²¹¹⁴.

²¹⁰⁹ A crítica à conceção da ordem de valores objetiva é sintetizada pela ideia da *tiranía de valores* de **Schmitt** («Die Tyrannei der Werte», in Doebling/Greve (eds.), *Säkularization und Utopie. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, 1967); v., também, **Goerlich**, *Wertordnung und Grundgesetz*., cit.

²¹¹⁰ V., por todos, **Müller**, *Normstruktur und Normativität*, pp. 209 ss. (duvidando da possibilidade de os bens a ponderar poderem ser racionalmente descritos e valorados de maneira verdadeiramente intersubjetiva e da verificabilidade da ponderação).

²¹¹¹ Contribuição de **Hesse**, no seu *Grundzüge*... (1.^a edição de 1967).

²¹¹² V. *infra*, neste capítulo.

²¹¹³ **Šušnjar**, *Proportionality*..., p. 238.

²¹¹⁴ Sendo o labor doutrinal de **Alexy** (tratado desenvolvidamente *infra*) o mais proeminente, mas nem de longe o único relevante.

4. Objeto da ponderação

Um exercício de ponderação não baseado na exata definição prévia *do que se pondera* é um exercício metodicamente deficiente²¹¹⁵. Porém, essa definição é dificultada pela relativa imprecisão ou indistinção no uso de certos conceitos. Em alguns casos, a indistinção não é grave, atenta a fungibilidade. Por exemplo, a recorrente assimilação entre a ponderação de bens, de interesses ou de valores - inclusive no presente estudo - não suscita desvantagens teóricas de relevo²¹¹⁶. Já outras podem ser indesejáveis.

Compulsando a literatura, o padrão mais saliente é a diversidade: normas²¹¹⁷, princípios²¹¹⁸, regras²¹¹⁹, direitos²¹²⁰, interesses²¹²¹, argumentos²¹²²,

²¹¹⁵ **Ávila, Teoria...**, 7.^a ed., p. 144, vai mais longe, afirmando que tal omissão viola o princípio da fundamentação das decisões, ínsito no Estado de Direito.

²¹¹⁶ V. **Schlink, Abwägung...**, p. 1 (observando a indistinção na jurisprudência do *BVerfG* entre *Werteabwägung*, *Güterabwägung* e *Interessenabwägung*); **Hirschberg, Der Grundsatz...**, p. 83.

²¹¹⁷ **Urbina**, «A critique...», p. 51; **Pino, Derechos...**, p. 133.

²¹¹⁸ **Ávila, Teoria...**, 7.^a ed., p. 144; **Virgílio Afonso da Silva**, «Comparing the Incommensurable...», p. 273; **Novak**, «Three Models of Balancing...», pp. 106 ss.; **Teixeira de Sousa, Introdução...**, p. 457; **Sanchís, Neoconstitucionalismo...**, p. 124; **Morais, Curso...**, II, 2, p. 674.

²¹¹⁹ **Teixeira de Sousa, Introdução...**, p. 457.

²¹²⁰ **Rivers**, «Proportionality...», p. 196 (na metódica da proporcionalidade clássica, o autor distingue uma ponderação ao mais alto nível de generalidade, onde se processa a ponderação de direitos e de interesses públicos e uma ponderação mais concreta, do tipo da análise "custo-benefício"); **Virgílio Afonso da Silva**, «Comparing the Incommensurable...», p. 273; **Novak**, «Three Models of Balancing...», pp. 106 ss.; **Christoffersen, Fair Balance: Proportionality...**, p. 198, *passim*.

²¹²¹ É a fórmula original de alguns dos primeiros *balancers* do Supremo Tribunal norte-americano. Segundo o juiz Frankfurter, em *Dennis v. United States* (1951), objeto do *balancing* seriam os interesses em jogo; **Hart, The Concept of Law**, p. 200; **Aleinikoff**, «Constitutional Law ...», p. 945 (recusando expressamente, ademais, que a ponderação seja o método de resolução de conflitos entre valores); **Hirschberg, Der Grundsatz...**, p. 132, *passim*; **Ávila, Teoria...**, 7.^a ed., p. 144; **Evans/Stone**, «Balancing and Proportionality...», p. 4; **Schauer**, «Balancing...», p. 9; **Urbina**, «A critique...», p. 51; **Miguel Teixeira de Sousa, Introdução...**, p. 457; **Muzny, La Technique de Proportionnalité...**, p. 100; **Christoffersen, Fair Balance: Proportionality...**, p. 198, *passim*; **Pino, Derechos...**, p. 133. Em alguns casos, são mencionados apenas interesses públicos: **Rivers**, «Proportionality...», p. 196.

²¹²² **Sieckmann, Balancing...**, p. 101.

razões²¹²³, valores²¹²⁴, bens²¹²⁵ ou algumas formulações compósitas²¹²⁶, como custos e benefícios²¹²⁷, meios e fins²¹²⁸. Um dos encargos que teremos de cumprir no capítulo seguinte é precisar qual de entre estas magnitudes é o objeto da ponderação específica da proporcionalidade e.s.e.

5. Objetivos da ponderação

Do ponto de vista do fim, ou do "produto", que se pretende obter com a ponderação há mais do que um candidato: (i) o peso relativo do que for ponderado; (ii) uma relação de prevalência ou equilíbrio; (iii) uma regra definitiva; (iv) a otimização das grandezas em colisão; (v) a prevalência de uma interpretação²¹²⁹. Estas finalidades

²¹²³ É a conceção subjacente ao discurso de **Ávila, Teoria...**, 7.^a ed., pp. 52 ss. (quando sustenta a aplicabilidade da ponderação na aplicação de *regras*); **Urbina**, «A critique...», p. 51; **Miguel Teixeira de Sousa, Introdução...**, pp. 457-458.

²¹²⁴ Decisão *Lüth* (1958) do *BVerfG*. A tradução mais literal de "*Güterabwägung*", ali empregue, é ponderação de bens. Mas a tendência dominante é considerar fungíveis, nesse contexto, ponderação de bens e ponderação de valores. **Ávila, Teoria...**, 7.^a ed., p. 144; **Virgílio Afonso da Silva**, «Comparing the Incommensurable...», p. 273; **Urbina**, «A critique...», p. 51.

²¹²⁵ Decisão *Lüth* (1958) do *BVerfG* (v. nota anterior); **Häberle, La garantia...**, pp. 33 ss.; **Ávila, Teoria...**, 7.^a ed., p. 144; **Virgílio Afonso da Silva**, «Comparing the Incommensurable...», p. 273.

²¹²⁶ As formulações compostas são normalmente usadas quando se alude especificamente à proporcionalidade e.s.e.: cfr. *infra*, capítulo 18.

²¹²⁷ **Rivers**, «Proportionality...», p. 200 ("uma análise do tipo custo-benefício").

²¹²⁸ **Hirschberg, Der Grundsatz...**, p. 77.

²¹²⁹ Parte-se aqui da hipótese de também haver ponderação ou *balancing* entre várias interpretações possíveis de uma norma, inclusive de uma norma-regra. Tome-se a regra segundo a qual apenas se podem candidatar à presidência da República cidadãos eleitores maiores de 35 anos (artigo 122.º). Parece uma regra clara, mas pode haver dificuldades em situações mais ou menos atípicas. Por exemplo, *quid juris* se um cidadão alega que tem mais de 35 anos, mas que, pelo facto de o seu nascimento ter ocorrido fora do território nacional e de o seu registo ter sido efetuado com muito atraso, a sua idade real não é a que consta dos documentos pertinentes? Como interpretar a norma? É manifesto que, além dos cânones tradicionais, ou dentro dos cânones tradicionais, há que ter em conta a sua teleologia e o seu espírito. Certamente que a Constituição procura garantir maturidade do candidato a Presidente, mas há também que ter em conta o interesse da segurança e certeza jurídicas (protegido de modo diferente se a prova se fizer através do registo ou de depoimento testemunhal, por exemplo) e o interesse da verdade eleitoral e pleno funcionamento da democracia e da possibilidade de apresentação de alternativas. A qual destes interesses atender prevalentemente na interpretação da norma: ao interesse da segurança jurídica, optando por uma interpretação que se baseia na data que consta do registo? Ou ao interesse da plena verdade e liberdade eleitoral? O primeiro leva a uma interpretação da norma constitucional no sentido de esta dizer que são elegíveis os cidadãos eleitores que de *acordo com o registo de nascimento* tenham mais de 35 anos. O segundo leva a uma interpretação de que são elegíveis os cidadãos eleitores que comprovadamente demonstrem por qualquer meio que nasceram há mais de 35 anos. A opção por uma ou outra interpretação depende de se dar prevalência a um ou outro dos interesses em colisão e isso parece implicar a incrustação de um juízo de proporcionalidade no contexto da metódica

não são incompatíveis, podem ser entendidas como complementares e até ser quase todas articuladas numa visão integrada: pondera-se para definir o peso relativo das grandezas em colisão, definindo-se uma relação de prevalência (ou precedência condicionada, como diria ALEXY) ou de equilíbrio, cristalizada numa regra definitiva, que garanta a otimização das grandezas em colisão.

Esta visão integrada poupa o exercício de uma apreciação mais fina, mas oculta a complexidade de finalidades que se escondem por detrás da ponderação, oculta as diametrais perspetivas que animam os grandes sistemas de ponderação, particularmente o norte-americano e o alemão, e oculta até a riqueza dogmática e doutrinária gerada por esses sistemas.

Na Alemanha, a ponderação vive capturada pela tensão entre duas linhas de força. Por um lado, o perfeccionismo constitucional da ordem constitucional do pós-II Guerra requer efetividade máxima da proteção dos direitos, justiça perfeita em cada caso individual, mas também cobertura maximamente compreensiva de todos os domínios sociais²¹³⁰. Uma das fórmulas operativas em que a ideia de perfeccionismo jurídico-constitucional se exprime é o conceito de otimização, que antecede a produção doutrinal de ALEXY, mas a que este atraiu uma visibilidade antes não apreensível do exterior²¹³¹. Quando se procura encontrar um traço típico da conceção germano-europeia da ponderação e da proporcionalidade, a muitos ocorre a ideia de otimização²¹³².

Embora a aspiração perfeccionista também emerja do debate doutrinal norte-americano, ela nunca foi assumida pela jurisprudência e pela doutrina constitucionais²¹³³, que não se regem por objetivos perfeccionistas (e talvez até

exegética aplicável à determinação do sentido de uma *regra*. Sobre o *balancing* como técnica de interpretação v., por exemplo, **McFadden**, «The Balancing Test», p. 587.

²¹³⁰ **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 194.

²¹³¹ Como sublinha um dos críticos da arquitetura alexiana, a proporcionalidade e.s.e./ponderação e a otimização são inseparáveis no discurso da teoria dos princípios: **Poscher**, «Insights...», pp. 426 ss.

²¹³² **Rivers**, «Proportionality...», p. 176. No entanto, essa pretensão de uma "ideologia" tipicamente europeia de proporcionalidade, enformada pela ideia de otimização, é contrariada pela circunstância de isso não ter aderência em algumas jurisdições europeias relevantes, como a do TEDH: v., sobre isso, o que escreve **Christoffersen**, *Fair Balance: Proportionality...*, p. 210, citado numa das notas que se seguem.

²¹³³ No contexto anglo-saxónico, mas agora no Canadá, pode colocar-se a questão de saber se também para **Beatty** a proporcionalidade é um instrumento de otimização ou maximização. A certo passo fala de princípio de otimização (*The Ultimate...*, p. 163), mas não resulta claro o alcance.

adiram mais facilmente a critérios anti-perfeccionistas²¹³⁴). No contexto norte-americano, o *balancing* ou ponderação tem uma vida própria, independente de outros testes estruturalmente equiparáveis a alguns dos segmentos da proibição do excesso (adequação e necessidade). Por outro lado, o próprio *balancing* não é ligado a qualquer pretensão de chegar a uma solução ótima ou otimizadora²¹³⁵.

A contrastação entre os quadros norte-americano e europeu tem desde logo o mérito de demonstrar que não é forçoso que o *balancing*/ponderação vise resultados de otimização, entendida *grosso modo* como a pretensão de encontrar a melhor solução possível ou o melhor equilíbrio possível (sendo certo que o que isso significa é passível de interminável debate).

A ponderação pode visar simplesmente atribuir prevalência a uma das variáveis ponderadas, sem cuidar de saber se há alternativas suscetíveis de atingir resultados melhores ou até ótimos, por interferirem menos nos bens, interesses ou valores sacrificados e por satisfazerem num grau mais elevado os bens, interesses ou valores colidentes. Quando aplicado, é esse o modelo que vigora nos EUA, sem discussão aparente. Na Europa, diferentemente, o modelo de otimização é visto por alguns como incontornável, refutado por outros. Voltaremos ao assunto²¹³⁶.

6. Particularismo e universalismo dos resultados da ponderação

Um dos tópicos que comparece pontualmente no debate sobre a ponderação é o do particularismo ou concreção versus universalismo ou abstração²¹³⁷. Nos EUA, fala-

²¹³⁴ Bomhoff, *Balancing...*, p. 195.

²¹³⁵ Pode defender-se que também é isso que sucede no âmbito da CEDH. V., por todos, Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality...*, p. 210: "a natureza mínima dos *standards* internacionais protegidos pela CEDH implica que atingir um equilíbrio ótimo não é exigido"; "uma interferência num direito ou liberdade (...) pode por isso ser aceitável (...) mesmo que, tudo considerado, um melhor equilíbrio pudesse ser atingido"; e, mais adiante, "as Partes Contratantes têm o direito (...) de atingir um equilíbrio menos que ótimo" (*ob. cit.*, p. 219).

²¹³⁶ V. a discussão do tema *infra*, capítulo 29.

²¹³⁷ Scaccia, «Il bilanciamento degli interessi...», *cit.*; Celano, «Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?», *cit.*; Zorrilla, *Conflictos...*, pp. 163 ss.; Pino, *Derechos...*, pp. 198 ss.

se de *ad hoc balancing* e de *definitional balancing*²¹³⁸ (havendo formulações alternativas²¹³⁹).

O tema pode ser tratado na perspectiva do *objeto* ou do *produto* da ponderação.

Atendendo ao objeto, a ponderação *particularista* incide sobre uma colisão concreta de bens, interesses ou valores, nas suas consequências vantajosas e prejudiciais sobre as esferas de sujeitos individualizados, tendo em conta todas as circunstâncias singulares do caso. A ponderação *universalista* aprecia a colisão de bens, interesses ou valores abstraindo das circunstâncias particulares do caso concreto.

Atendendo ao resultado, a ponderação *particularista* visa a obtenção de uma solução cuja validade se esgota no caso concreto (não se excluindo, portanto, que um caso concreto posterior com propriedades semelhantes tenha uma solução diversa), enquanto a ponderação *universalista* procura uma solução normativamente válida para a resolução de futuros casos idênticos ou análogos, sem novo contrapeso de interesses²¹⁴⁰.

A ponderação particularista (ou concreta ou *ad hoc*) é aquela que verdadeiramente suscita a maioria das críticas, designadamente daqueles que põem em dúvida a objetividade e a racionalidade da ponderação²¹⁴¹. A universalista é entendida como um mero passo preliminar de criação de normas suscetíveis de posterior aplicação através de subsunção.

²¹³⁸ Entre muitos, **Nimmer**, «The Right to Speak...», *cit.*; **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», pp. 979-981.

²¹³⁹ **McFadden**, «The Balancing Test», pp. 597 ss., alude a *rule-balancing*, em vez de *definitional*, e a *result-balancing*, em vez de *ad hoc*; por outro lado, o autor alude a *fact-balancing* e a *argument-balancing* (tratando-se aí da atribuição de peso aos vários elementos de prova carreados para o processo judicial ou aos vários argumentos apresentados pelas partes, plano diverso do *balancing* de bens, interesses ou valores); numa versão menos autoevidente, **Henkin**, «Infability...», pp. 1023 ss., prefere *interpretive balancing* versus *balancing-as-doctrine*; **Novak**, «Three Models of Balancing...», pp. 106 ss., distingue *simple balancing*, *categorical balancing* (o princípio da proporcionalidade insere-se nesta classe) e *principled balancing*. As hipóteses não ficariam por aqui se necessitássemos de ser exaustivos. V., também, **Van Drooghenbroeck**, *La Proportionnalité...*, pp. 249 ss.

²¹⁴⁰ A formulação do texto é apenas uma simplificação do sentido geral de um debate que não chegou a conclusões unânimes.

²¹⁴¹ A inquietação e a atitude crítica em relação ao *ad hoc balancing*, ou *balancing* do caso concreto, aquele que alegadamente o Supremo Tribunal dos EUA realiza mais frequentemente, são algo paradoxais, uma vez que os autores que partilham esses estados de espírito são mais ou menos os mesmos que criticam qualquer indício de *legislação* feita na sala de sessões, indício este mais forte no *definitional balancing* do que em qualquer outro. V. sobre isto **Bomhoff**, *Balancing...*, pp. 168 ss.

Um setor da doutrina critica o artificialismo destes conceitos²¹⁴².

A crítica tem razão de ser. O artificialismo confirma-se quando se ensaia a adaptação dos conceitos à ponderação realizada na feitura de uma norma legislativa ou no seu controlo. Embora aí não se possa dizer que há uma ponderação num caso concreto entendido como um acontecimento do mundo sensível, há uma ponderação para a elaboração de uma *concreta norma*. A ponderação em causa não visa ser válida para todos os casos de feitura de normas que no futuro venham a incidir sobre o mesmo tema. Significa isso que se trata de uma ponderação *particularista* ou *ad hoc*?

Se virmos a questão pelo ângulo do controlo da norma, a pergunta também se coloca. A apreciação da norma não é um julgamento de um caso concreto (embora em Portugal possa ser suscitada por ocasião do julgamento de um caso concreto), mas há a apreciação de uma *concreta norma* e da *concreta ponderação* realizada pelo legislador. O juízo que o tribunal produzir sobre a ponderação do legislador - que requer uma ponderação do tribunal - vale apenas naquele processo *concreto* e não tem pretensões de validade para casos semelhantes futuros. Significa isso que se trata de uma ponderação *particularista* ou *ad hoc*?

Por outro lado, a intenção de legislar sobre colisões de bens, interesses ou valores pode ser suscitada por questões concretas, por colisões concretamente ocorridas ou pelo prognóstico de colisões concretas. Todavia, o sentido normativo da lei (fora os casos das leis-medida) é por natureza universalista, devido ao carácter geral e abstrato. As ponderações realizadas pelo legislador para definir o conteúdo das normas legislativas têm, por isso, um sentido universalista: pretendem ser válidas para todas as situações concretas de colisão entre as variáveis relevantes que se subsumam à previsão geral e abstrata da norma. Significa isso que se pode falar de ponderação *universalista* ou *definitória*? O mesmo se pode perguntar em relação à ponderação do juiz constitucional.

Não é possível dar uma resposta inequívoca a estas perguntas. Por isso, estas categorias, mesmo que sejam doutrinariamente aceitáveis noutros domínios - o que é

²¹⁴² Cfr. **Aleinikoff**, «Constitutional Law...»; pp. 979 ss.; **Novais**, *As Restrições...*, p. 674. A procura de evitar uma conceção que conduza ao irracionalismo do *ad hoc balancing* pode levar, aliás, a interpretações que praticamente eliminam as fronteiras entre os dois tipos: v. **Pino**, *Derechos...*, pp. 200 ss.

discutível e discutido -, não se adaptam às ponderações legislativas e às ponderações do juiz constitucional realizadas no contexto do controlo de normas legislativas.

7. Refutação dos pressupostos da ponderação

7.1. A inexistência de reais colisões

Há teses que negam a possibilidade de colisões de alguns dos bens, interesses ou valores a propósito das quais se convoca a ponderação, entre os quais direitos fundamentais. Essas teses podem assumir uma expressão mais extrema, negando de raiz a possibilidade de colisão, ou uma expressão mais matizada, admitindo que existe uma aparência de colisão. Em qualquer dos casos, une-as a rejeição da necessidade de ponderação. Essa negação pode decorrer de postulados da filosofia moral ou política, ou de construções de teoria do direito. Exemplificaremos com duas das orientações²¹⁴³.

7.1.1. Monismo valorativo

As concepções monistas defendem que há *um* valor supremo de que todos os demais bens, interesses ou valores são simples instanciações. Por isso, as colisões entre aqueles inexistem ou são mera aparência. O valor supremo varia em função dos quadros filosóficos: a eficiência na maximização da riqueza social (análise económica do direito²¹⁴⁴), o prazer ou a felicidade (utilitarismo de BENTHAM e de MILL, respetivamente), a dignidade humana (KANT), o interesse social (como em

²¹⁴³ Para uma síntese das várias linhas argumentativas, **Pino, *Derechos...***, pp. 152 ss.

²¹⁴⁴ Como sumariza **Finnis**, «Commensuration...», p. 216, para a análise económica do direito, a suprema e exclusiva medida da racionalidade do direito é a eficiência na maximização da riqueza social ou valor, medida pelo dinheiro.

algumas construções da proibição do excesso²¹⁴⁵), a utilidade²¹⁴⁶. Não obstante a eventualidade de radicais diferenças em várias dimensões, para estas concepções os demais bens, interesses ou valores (incluindo os direitos fundamentais) subordinam-se e reconduzem-se ao valor supremo, são suas manifestações. Conatural a muitas destas teses é, por conseguinte, a fungibilidade ou comparabilidade total entre todos os bens, interesses ou valores²¹⁴⁷. Do ponto de vista metódico, *agregação* e *maximização* seriam plenamente realizáveis no contexto de um quadro de monismo de valores: se em última instância existe apenas um supervalor, que funciona como referência de uma métrica única (*plena comensurabilidade*), a escolha racional implica simplesmente a maximização daquele valor unificador²¹⁴⁸.

Na medida em que são mera expressão do valor supremo, quando surgem (aparentes) colisões entre tais instanciações há apenas que verificar qual a opção que melhor satisfaz o interesse supremo ou que maximiza a sua realização. Por outras palavras: para estas correntes nem há verdadeiras colisões, nem há necessidade de ponderação nos casos de aparentes colisões. Em nenhum caso há que atribuir peso a bens, interesses ou valores para decidir qual deve prevalecer *devido ao seu peso próprio* ou *ao seu valor intrínseco*. Há simplesmente que *medir* a capacidade de realização do valor supremo potenciada pelas opções alternativas e escolher aquela que o realiza em maior medida.

As concepções monistas são criticáveis sob vários pontos de vista: ideológico, filosófico, metódico, pragmático.

A começar, a crítica *pluralista*. Boa parte do pensamento liberal rejeita o monismo e afirma o pluralismo valorativo. Uma das dimensões constitutivas do pensamento

²¹⁴⁵ V. Barak, «Proportionality and Principled...», pp. 15-16; *idem*, *Proportionality...*, pp. 482 ss. Cfr. Meyerson, «Why courts should not balance...», p. 809 e *infra*.

²¹⁴⁶ Para Epstein, «Are Values Incommensurable...», p. 689, o único candidato a proporcionar uma métrica única seria o conceito de utilidade, entendido como o conceito síntese de todas as formas de satisfação subjetiva, não interessando o modo diferente como a satisfação seja experimentada como estado psicológico.

²¹⁴⁷ Para um bom exemplo da defesa do monismo e da integral comparabilidade de valores, v. Regan, «Value, Comparability and Choice», in Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, pp. 129 ss.

²¹⁴⁸ Finnis, «Commensuration...», p. 216; Scharffs, «Adjudication...», p. 1412.

liberal é a rejeição da possibilidade de os valores se reconduzirem a um único²¹⁴⁹ e o reconhecimento do pluralismo valorativo, da irreduzibilidade e não substituíbilidade dos fins últimos, dos bens, interesses ou valores e das escolhas sobre eles, bem como da impossibilidade de realização de todos em simultâneo²¹⁵⁰. Sustentar que podem ser sujeitos a uma mesma escala métrica e que as escolhas morais se podem limitar à aplicação dessa escala fragiliza - mesmo que involuntariamente - as próprias bases do pensamento liberal. Depois, as críticas filosóficas e metódicas: qual o valor *supremo* a considerar e como identificá-lo? Trata-se de um problema insolúvel²¹⁵¹.

Por outro lado, as próprias teses monistas admitem problemas pragmáticos inultrapassáveis. O monismo valorativo não é sinónimo de escolhas fáceis, automáticas e pacificamente intersubjetiváveis. Para mencionar apenas uma das correntes monistas mais destacadas, a corrente utilitarista tem consciência das aporias da deliberação prática, sobretudo quando as *consequências* das várias opções são *incertas*, quando uma opção - ao contrário do que é habitual - implica a total inviabilidade de harmonização ou de meio caminho que evite a exclusão dos benefícios da outra (descontinuidade) ou quando há situações de interdependência (o decisor não está preocupado apenas com a utilidade que resulta para si da escolha, mas também com a de outros com quem tem laços afetivos)²¹⁵². O monismo não obsta a que duas pessoas igualmente racionais tomem decisões diferentes perante problemas semelhantes. É normal e expectável que cada uma delas meça a utilidade de cada opção de acordo com a sua própria visão. As escolhas que cada um equaciona são comensuráveis do seu próprio ponto de vista, embora não sejam facilmente transferíveis entre várias pessoas²¹⁵³.

²¹⁴⁹ V., por todos, **Isaiah Berlin**, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969, pp. 167 ss.

²¹⁵⁰ **Mather**, «Law-making...», p. 347; **Scharffs**, «Adjudication...», p. 1379.

²¹⁵¹ **Scharffs**, «Adjudication...», p. 1413,

²¹⁵² **Epstein**, «Are Values Incommensurable...», p. 698.

²¹⁵³ **Epstein**, «Are Values Incommensurable...», p. 699.

7.1.2. Estruturalismo

Já no plano da Teoria do Direito, FERRAJOLI propõe uma classificação de direitos fundamentais de acordo com critérios estruturais que tornariam impossível a colisão entre eles: direitos primários (de imunidade, de liberdade), direitos sociais, direitos secundários²¹⁵⁴. Além de admitir, afinal, a possibilidade de colisões entre alguns direitos, o que afeta substancialmente a integridade da construção²¹⁵⁵, esta é manifestamente contraintuitiva. Não parece que a diferença estrutural entre direitos possa evitar que as posições jurídicas subjetivas que deles decorrem conflituem, quer dentro de cada categoria, quer entre duas ou mais categorias²¹⁵⁶

7.2. A alegação da incomensurabilidade do objeto da ponderação

Desde que o *balancing* se tornou prática regular da jurisprudência constitucional norte-americana²¹⁵⁷ que a sua viabilidade ou racionalidade é repudiada. A crítica mais insistente talvez seja a da ausência de uma métrica comum que torne possível a medição de bens, interesses ou valores tutelados pelo direito. Há uma frase do Juiz SCALIA - um notório *anti-balancer* - que ecoa nos manuais de Direito Constitucional: o *balancing* é como "ajuizar se uma linha é mais longa do que uma pedra é pesada"²¹⁵⁸. No ambiente cultural europeu continental, a alegação da não racionalidade da ponderação tem curso extenso²¹⁵⁹.

²¹⁵⁴ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos...*, pp. 277-369.

²¹⁵⁵ Assim, Pino, *Derechos...*, pp. 160 ss.

²¹⁵⁶ Assim, Zorrilla, *Conflictos...*, pp. 187-188; Pino, *Derechos...*, pp. 157 ss.

²¹⁵⁷ V. uma crítica, com mais de meio século, à "medição do não mensurável" e à "comparação do incomparável", de Frantz, «Is the First Amendment Law?», p. 749.

²¹⁵⁸ *Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises, Inc.* (1998).

²¹⁵⁹ A alegação da irracionalidade e não objetividade da ponderação une relevantes autores alemães: sobre isso, Virgílio Afonso da Silva, «Ponderação e objetividade...», p. 365; recentemente, Petersen, «How to Compare the Length...», pp. 1387 ss. Entre muitos, Schlink, *Abwägung...*, pp. 134-135; Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1994; Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte», in Peter Siller & Bertram Keller (orgs.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 85-86; Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, cit.; Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung...*, cit.; idem, "Die Abwägungslehre...", cit.; Poscher, *Grundrechte...*, cit.; idem, «Insights...», cit.; idem, «The Principles...», cit.; Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, cit.

HABERMAS, por exemplo, além de negar a imprescindibilidade, nega a racionalidade do processo de ponderação de valores (*Güterabwägung*) “...porque para isso faltam critérios racionais[;] a ponderação ou contrapeso de valores efetua-se ou de forma discricionária ou arbitrária, ou de forma não reflexiva, isto é, de acordo com padrões ou hierarquias a que se está acostumado”²¹⁶⁰. Isso aumenta o risco de juízos irracionais, resultantes de uma primazia dos argumentos funcionalistas em que se baseia a ponderação de bens e valores, à custa dos argumentos normativos²¹⁶¹.

Na verdade, em qualquer das modalidades de ponderação - de princípios, direitos, bens, interesses ou valores, meios e fins, argumentos, razões, efeitos, opções, alternativas ou custos e benefícios - faz-se invariavelmente apelo às ideias de grau, importância, peso ou medida de duas ou mais grandezas, atributos ou propriedades. A ponderação bilateral ou multilateral envolve o *peso* e o *contrapeso* de dois ou mais *fatores* ou *itens*.

Decerto que boa parte dessas expressões é metafórica e as metáforas por vezes vão longe demais no que prometem e nas pré-compreensões que sugerem²¹⁶². Mas, na sua expressão *facial*, todas elas apelam a instrumentos de medida e a *unidades métricas* comuns, capazes de expressar cardinal ou ordinalmente a relação entre dois fatores ou itens (*tertium comparationis*)²¹⁶³.

Isso equivale, por exemplo, a quantificar com plausibilidade a relação entre o interesse da preparação de uma tese de doutoramento e o valor da atenção aos filhos (20 unidades de *x* para o primeiro, 25 para o segundo ou 10 para o primeiro, metade para o segundo ou qualquer outra relação); ou a relação entre o interesse público da segurança nacional e a liberdade de informação (10 unidades de *x* para o primeiro, 5 para a segunda, que vale, portanto, metade da segurança nacional, ou vice-versa).

²¹⁶⁰ Habermas, *Facticidad y validez*..., p. 332. Está em causa, aparentemente, a doutrina do precedente.

²¹⁶¹ *Idem*.

²¹⁶² Coffin, «Judicial balancing...», p. 19; Drooghenbroeck, *La proportionnalité*..., p. 281; Scharffs, «Adjudication...», pp. 1377, 1416 (propondo, aliás, a substituição da metáfora do *balancing* e do peso pelas metáforas da avaliação da paleta e das nuances das cores ou das receitas de culinária).

²¹⁶³ Na hierarquia ou relação *ordinal* é possível estabelecer uma ordem entre duas ou mais coisas, utilizando operadores de mais ou menos referidos a uma propriedade, sem recurso a números: A é mais pesado ou mais bonito ou mais seguro que B. Na hierarquia ou relação *cardinal* é possível estabelecer uma ordem entre duas ou mais coisas, utilizando uma unidade de valor expressa através de números: A é *x* gramas mais pesado que B.

Para um extenso setor da filosofia prática, estes exemplos não denunciam apenas a improbabilidade de várias pessoas razoáveis chegarem a acordo sobre o que é razoável. Ilustram a impossibilidade de se definir a unidade de medida x a empregar, uma vez que isso supõe um atributo comum, que todos os bens, interesses ou valores em causa têm (e, por extensão, as escolhas que se façam sobre eles), suscetível de medição quantificada. Em suma, denunciam a incomensurabilidade. A incomensurabilidade é em boa parte o reverso da medalha - e a consequência - da teoria do pluralismo de valores²¹⁶⁴.

O debate sobre a possibilidade da deliberação racional e objetiva através de ponderação interessa a várias disciplinas, desde a Filosofia prática, até às Ciências do Direito Constitucional e Política. Mas, pese embora que no discurso sobre a ponderação tenhamos de recorrer a vários ramos do conhecimento, interessa-nos sobretudo retirar ensinamentos e conclusões que relevam para a dogmática constitucional. E a questão é relevantíssima para se poderem desapertar vários nós problemáticos. Por exemplo, só se admitirmos que o legislador democrático pode deliberar racional e objetivamente através de ponderação podemos sustentar que isso também está ao alcance do juiz constitucional quando controla as ponderações daquele. Se houver que concluir que as ponderações do legislador não podem ser outra coisa do que irracionais e subjetivas, os juízos do tribunal sobre essas ponderações não poderão certamente ter características diferentes. E, nesse caso, a aceitação da *judicial review* no quadro de uma constituição democrática torna-se mais difícil. Se um juízo de invalidade de uma norma para cuja produção se tornou necessário um exercício de ponderação legislativa é suscetível de ser entendido como a substituição de uma valoração não racional e subjetiva do legislador por uma valoração não racional e subjetiva do juiz constitucional, torna-se mais urgente o debate sobre a legitimidade da *judicial review*. Se, ao invés, puder concluir-se que as ponderações do legislador são uma forma de deliberação racional e objetiva, a virtualidade e tolerabilidade de o juiz emitir também apreciações racionais e objetivas sobre aquelas ponderações aumenta significativamente.

²¹⁶⁴ Embora se possa talvez dizer que a diversidade de valores não implica necessariamente a incomensurabilidade: **Mather**, «Law-making...», p. 347.

7.2.1. A colocação da questão da incomensurabilidade

Os problemas da incomensurabilidade²¹⁶⁵ colocam desafios reais à nossa capacidade de razão prática, isto é, à capacidade de selecionar e defender o que *deve* ser feito ou o que é *bom* ou *correto* fazer²¹⁶⁶.

²¹⁶⁵ Já se escreveu que a qualidade e o rigor analítico deste debate não evitam a sensação de que ele está permanentemente na eminência de colapsar perante o seu próprio peso (**Scharffs**, «Adjudication and the Problems of Incommensurability», *cit.*, p. 1373). No âmbito da filosofia, v., por todos, a incontornável coletânea organizada por **Ruth Chang**, *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason* (com contributos de **James Griffin**, **David Wiggins**, **John Broome**, **Elizabeth Anderson**, **Joseph Raz**, **Donald Regan**, **Elijah Millgram**, **Charles Taylor**, **Steven Lukes**, **Michael Stocker**, **John Finnis** e **Cass Sunstein**). Além disso, **Thomas Kuhn**, «Commensurability, Comparability, Communicability», *Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association* (1982), pp. 669-688 (interessa sobretudo na perspetiva da epistemologia e da filosofia da ciência e não tanto da filosofia moral ou da teoria do direito). Importante também o debate protagonizado por professores de direito no simpósio sobre *Law and Incommensurability*, que suscitou os textos publicados pela *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146 (1998), pp. 1169 ss. (cfr. uma resenha em **Matthew Adler**, «Law and Incommensurability: Introduction», in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146 [1998], pp. 1169 ss.). Em geral, **James Griffin**, «Are There Incommensurable Values?», in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, n.º 1 (Autumn, 1977), pp. 39 ss.; **Martha C. Nussbaum** / **Rosalind Hursthouse**, «Plato on Commensurability and Desire», in *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, vol. 58 (1984), pp. 55 ss.; **Raz**, *The Morality of Freedom*, capítulo 13; **Sinnott-Armstrong**, *Moral Dilemmas*, Basil Blackwell, 1988; **David Luban**, «Incommensurable Values, Rational Choice, and Moral Absolutes», in *Cleveland State Law Review*, vol. 38 (1990), pp. 65 ss.; **Cass Sunstein**, «Incommensurability and Valuation in Law», in *Michigan Law Review*, vol. 92 (1993-1994), pp. 779 ss.; **Frederick Schauer**, «Commensurability and Its Constitutional Consequences», in *Hastings Law Journal*, vol. 45 (1993-1994), pp. 785 ss.; **Waldron**, «Fake Incommensurability...», *cit.*; **Richard Epstein**, «Are Values Incommensurable, or Is Utility the Ruler of the World?», in *Utah Law Review* (1995), pp. 683 ss.; **Brian Bix**, «Dealing with Incommensurability for Dessert and Desert: Comments on Chapman and Katz», in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146 (1998), pp. 1651 ss.; **Matthew Adler**, «Incommensurability and Cost-Benefit Analysis», in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146 (1998), pp. 1371 ss.; **John Broome**, «Incommensurable Values», in Roger Crisp and Brad Hooker (eds.), *Well-Being and Morality: Essays in Honour of James Griffin*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 21 ss.; **Timothy Endicott**, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000: *idem*, «Proportionality and Incommensurability», *cit.*; **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, pp. 279 ss.; **Scharffs**, «Adjudication and the Problems of Incommensurability», *cit.*; **Joseph Boyle**, «Free Choice, Incomparably Valuable Options, and Incommensurable Categories of Good», in *American Journal of Jurisprudence*, vol. 47 (2002), pp. 123 ss., aceso através de <http://scholarship.law.nd.edu/ajj/vol47/iss1/6> em novembro de 2014; **Mather**, «Law-Making and Incommensurability», *cit.*; **Fred D'Agostino**, *Incommensurability and Commensuration: The Common Denominator*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2003; **Tsakyarakis**, «Proportionality...», *cit.*; **John Adler**, «The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights», in *Public Law*, vol. 4 (2006), pp. 697 ss.; **Virgílio Afonso da Silva**, «Comparing the Incommensurable...»; **Veel**, «Incommensurability, Proportionality...», *cit.*; **Urbina**, «A critique...», *cit.*; **Chapman**, «Incommensurability, proportionality...», *cit.*; **Chang**, «Incommensurability ...», *cit.*

²¹⁶⁶ Cfr. **Scharffs**, «Adjudication...», p. 1374.

Não obstante tratar-se de um produto da filosofia moral de matriz cultural anglo-saxónica²¹⁶⁷ e de estar longe da estabilidade, a importação para a teoria do direito daquilo que se pode designar de *quadro analítico da tese da incomensurabilidade* e o seu uso na teoria da proibição do excesso (ou, mais rigorosamente, da ponderação/proporcionalidade e.s.e.) faculta um quadro analítico que permite organizar o debate melhor que outros. A adaptabilidade desse quadro analítico não é prejudicada pela circunstância de o foco central da discussão da incomensurabilidade incidir tendencialmente sobre as escolhas individuais e as situações dilemáticas que opõem bens, interesses ou valores subjetivados. A generalidade dos argumentos esgrimidos são transponíveis para situações em que estão em causa só bens, interesses ou valores públicos ou estes se confrontam com bens, interesses ou valores subjetivados. Por isso o utilizamos como ponto de partida para a apreciação da racionalidade e da objetividade da ponderação/proporcionalidade e.s.e.

7.2.2. Aceções, definição e relevância da incomensurabilidade

As origens da noção de incomensurabilidade remontam aos pitagóricos e a Aristóteles²¹⁶⁸. Todavia, não pode dizer-se que com o passar dos tempos se tenha lançado luz plena sobre ela. Embora haja um extenso consenso sobre a circunstância de a incomensurabilidade representar um importante desafio à deliberação prática em situações dilemáticas ou conflituais, o consenso inexistente sobre temas básicos como a relação com figuras afins²¹⁶⁹, as várias aceções, a definição ou a determinação do real impacto nas possibilidades de deliberação prática racional.

²¹⁶⁷ Sem prejuízo das referências na doutrina europeia: v. **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, pp. 280 ss.

²¹⁶⁸ **Chang**, «Incommensurability...», p. 2592.

²¹⁶⁹ Não há oportunidade de aprofundar a distinção da incomensurabilidade com essas figuras afins, apesar de serem, por vezes, confundidas: *impossibilidade* (quando A e B têm valor, podendo apenas ser realizado um deles e não ambos ao mesmo tempo), *incompatibilidade* (quando a ocorrência da realização de A prejudica ou reduz a probabilidade de ocorrência ou realização de B), *incomputabilidade* (quando A não pode ser gerado através de um algoritmo), *incerteza* (estado mental de dúvida): cfr. **Scharffs**, «Adjudication...», pp.1394 ss.

Há muitos modos de dizer que entre dois objetos falta uma medida comum. Por isso, o conceito de incomensurabilidade é controvertido e diluídas são algumas das suas modalidades e fronteiras com conceitos afins. Vejamos algumas das propostas mais influentes.

Para RAZ: “A e B são incomensuráveis se não for verdade que um é melhor que o outro nem que os dois têm valor igual”²¹⁷⁰. Há, portanto, impossibilidade de estabelecer uma hierarquia quanto à bondade ou virtude (*goodness*) de dois bens²¹⁷¹. Por isso, a incomensurabilidade implicaria a impossibilidade de escolha racional. Quando duas alternativas são incomensuráveis, uma não pode derrotar a outra simplesmente pela força das razões que a suporta, pelo que a decisão a favor de uma delas requer um ato de vontade *independente* (ou autodeterminada) do decisor.

A definição de RAZ pode ser criticada em pelo menos duas dimensões: por um lado não distingue a mensuração quantitativa da qualitativa²¹⁷²; por outro lado, assimila incomensurabilidade e incomparabilidade²¹⁷³.

Ora, a distinção entre incomensurabilidade e incomparabilidade não pode ser obnubilada. Por isso, CHANG propõe outra definição, igualmente simples, que destaca a impossibilidade de mensuração *quantitativa*: incomensurabilidade é a situação “em que dois bens não podem ser medidos através de uma mesma escala de unidades de valor”²¹⁷⁴.

O que VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA escreve sobre o tema está muito próximo de CHANG: “duas ou mais coisas (valores, bens, direitos e princípios) são incomensuráveis se não há uma medida comum que pode ser aplicada a todos eles”²¹⁷⁵.

²¹⁷⁰ Raz, *The Morality of Freedom*, p. 322; *idem*, «Incommensurability...», p. 110.

²¹⁷¹ Veal, «Incommensurability, Proportionality...», p. 181.

²¹⁷² Nos mesmos termos, v. Mather, «Law-making...», p. 348.

²¹⁷³ Scharffs, «Adjudication...», p. 1390, nota. Por outro lado, Raz circunscreve a sua definição a um único valor de medida, a *virtude*, e não todos os valores.

²¹⁷⁴ Chang, «Introduction...», p. 2; «Incommensurability...», p. 2596. Como veremos, a autora distingue ainda, dentro do terreno da incomensurabilidade, entre forte e fraca.

²¹⁷⁵ Virgílio Afonso da Silva, «Comparing the Incommensurable...», p. 278. As definições de Chang e de Silva podem, todavia, ser atingidas pela observação de que para haver comensurabilidade não basta que exista uma escala métrica comum. Ela tem de ser determinante - tem de exaurir o que é importante - no contexto deliberativo concreto: Scharffs, «Adjudication...», p. 1391 (um livro e um

SUNSTEIN procura especificar os (três) requisitos de uma escala métrica comum: (i) nível de especificidade e detalhe manejáveis; (ii) apagamento das distinções qualitativas dos itens medidos; (iii) possibilidade de comparação de acordo com a mesma dimensão²¹⁷⁶. Nessa medida, euros, kg, metros, pixels, são componentes de uma escala métrica, enquanto interesse social, relevância constitucional, conforto, nível de liberdade, bem-estar ou excelência são *critérios* e não elementos métricos: pode dizer-se que queremos um apartamento com 100 m² mas não que queremos uma democracia com 75 de liberdade (só podemos dizer que queremos mais ou menos liberdade ou melhor ou pior contexto de liberdade).

Alinhado com CHANG e SILVA na rejeição da assimilação entre incomensurabilidade e incomparabilidade, consentida pela definição de RAZ, SCHARFFS centra a sua proposta na ideia de absoluta e radical *irreducibilidade* entre os valores: "os valores A e B são incomensuráveis se: (1) tudo do valor A não pode ser expresso e medido em termos de B, (2) tudo do valor B não pode ser expresso e medido em termos de A e (3) tudo do valor A e tudo do valor B não pode ser expresso e medido em termos de outro valor C"²¹⁷⁷.

Não é apenas a questão de saber se a incomensurabilidade é analiticamente diferente da comparabilidade que causa divisões na doutrina. A própria univocidade

homem são incomensuráveis, não obstante a circunstância de ambos poderem ser medidos através de algumas escalas métricas, como a do peso).

²¹⁷⁶ Sunstein, «Incommensurability...», p. 238.

²¹⁷⁷ Scharffs, «Adjudication...», p. 1389. Na linguagem das escolhas, é o mesmo que dizer que "duas escolhas são incomensuráveis quando tudo o que interessa sobre a primeira opção e tudo o que interessa sobre a segunda opção não pode ser suficientemente expresso através de um valor comum". A introdução do vocábulo *suficientemente* na definição de escolhas incomensuráveis faz com que as duas definições não sejam exatamente iguais, uma vez que a noção de (in)suficiência não consta da definição da incomensurabilidade de valores. O autor reconhece a proximidade com a definição de Sunstein, «Incommensurability...», in Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, p. 238, e com a (mais hermética) proposta de David Wiggins, «Incommensurability: Four Proposals», in Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, p. 53: "A opção A é comensurável com a opção B se, e só se, houver uma medida de valorização de mais e menos e se uma propriedade de qualquer forma complexa *p* é correlativa à escolha, racionalmente antecedente da escolha e racionalmente determinante da escolha, de modo que A e B possam ser exaustivamente comparadas através da dita medida com respeito a serem mais *p* ou menos *p*; a comparação exaustiva de *p*-idade é uma comparação que respeita a tudo o que interessa sobre A ou B". Esta definição destaca-se das do texto na ênfase que dá à comparabilidade de uma propriedade *p* que é racionalmente *antecedente e determinante* da escolha entre A e B e ao postulado da *comparação exaustiva*.

Equivalente, também, Veal, «Incommensurability, Proportionality...», p. 184: "dizer que dois valores são incomensuráveis é dizer que a) nenhum deles pode ser expressado nos termos do outro valor e que b) ambos os valores não podem ser expressados nos termos de um terceiro valor comum" (traduções minhas).

daquele conceito (aparentemente admitida por RAZ) é refutada. WALDRON distingue incomensurabilidade forte e incomensurabilidade fraca. O primeiro conceito equivale *mutatis mutandis* ao conceito de incomensurabilidade de RAZ²¹⁷⁸. A incomensurabilidade *forte* impede que haja no nosso sistema valorativo algo que permita dizer que uma decisão, mais do que qualquer outra, é a correta²¹⁷⁹. O segundo conceito traduz uma regra de prioridade: dizer-se que A e B são incomensuráveis é o mesmo que dizer que há uma ordem entre eles previamente estabelecida sem recurso a qualquer contrapeso quantitativamente expresso. Desse modo, diz-se, por exemplo, que qualquer manifestação de A prefere sobre qualquer manifestação de B, não importando os respectivos pesos²¹⁸⁰. A incomensurabilidade fraca é, portanto, outro modo de exprimir o sentido das teses do *trumping*, de *side constraints* ou de *prioridade lexical*²¹⁸¹. Não há uma escala métrica comum que proporcione a aferição do peso das grandezas em colisão e eventuais *trade-offs*, embora exista uma tabela ou ordem de prioridades entre elas que permite resolver aquelas colisões dando preferência à prioritária²¹⁸².

Em função do modo como se estabelecem as prioridades, WALDRON distingue, dentro das incomensurabilidades fracas, as intuitivas e as racionalizadas. As primeiras resultam da intuição ("vê-se simplesmente que um dos valores deve ter prioridade sobre o outro"), enquanto as segundas resultam da argumentação e da apresentação de razões²¹⁸³.

O debate filosófico e analítico sobre a definição de (in)comensurabilidade atinge um nível de profundidade analítica e de sofisticação teórica que apenas podemos indiciar neste trabalho. Para efeitos da metódica da ponderação - e, em segundo plano, da proporcionalidade e.s.e. -, basta aderir a uma orientação similar *mutatis mutandis* à proposta por CHANG a qual, além da simplicidade, permite a distinção

²¹⁷⁸ **Waldron**, «Fake Incommensurability...», p. 815, sublinha a ideia de peso: A não tem mais peso do que B, B não tem mais peso do que A e A e B não têm peso igual.

²¹⁷⁹ **Waldron**, «Fake Incommensurability...», p. 816.

²¹⁸⁰ **Waldron**, «Fake Incommensurability...», p. 816.

²¹⁸¹ **Waldron**, «Fake Incommensurability...», pp. 816-817. O autor nota contudo diferenças relevantes entre essas três formas de incomensurabilidades fracas.

²¹⁸² **Waldron**, «Fake Incommensurability...», p. 817.

²¹⁸³ **Waldron**, «Fake Incommensurability...», p. 818.

entre (in)comensurabilidade e (in)comparabilidade: *incomensurabilidade é a impossibilidade de dois itens, atributos ou fatores identificados como relevantes para o processo de deliberação prática serem medidos e contrapesados através de uma mesma escala de unidades métricas de valor.*

8. As atitudes perante a incomensurabilidade

Deixando de parte algumas posições ambíguas ou inconclusivas²¹⁸⁴, a indiciação da incomensurabilidade começa por suscitar uma divisão entre dois campos: o dos *céticos* e o dos *otimistas* em relação à possibilidade de escolhas ou deliberações racionais em situações de colisão entre variáveis incomensuráveis.

Por seu turno, os *céticos* também podem ser ordenados em dois grupos: o daqueles que entendem que nunca é possível uma decisão racional e o dos que entendem que em algumas circunstâncias é possível uma decisão racional. Este segundo grupo não é monolítico: há quem entenda que a decisão racional é possível, mas não através de ponderação, e quem sustente que a decisão racional só é possível através de ponderação. Em qualquer dos dois grupos há ainda *nuances*, podendo distinguir-se entre os que aceitam uma decisão plenamente racional e os que só admitem uma decisão parcialmente racional ou simplesmente auxiliada pela razão, mas não integralmente determinada pela razão.

O grupo dos *otimistas* pode também dividir-se, em tese, entre aqueles que entendem que, em regra, são possíveis decisões racionais através de ponderação e aqueles que sustentam que essas decisões são possíveis, mas sem recurso à ponderação.

Um esquema pode contribuir para uma imagem mais clara desta rede complexa:

- *céticos*
- nunca é possível decisão racional

²¹⁸⁴ Uma ilustração típica de um discurso (talvez inevitavelmente) circular é o ensaiado por **Endicott**, «Proportionality and Incommensurability», referindo-se à proporcionalidade e.s.e.: "necessitamos de um sistema que autorize o juiz a ponderar o imponderável" (*ob. cit.*, p. 15); "a proporcionalidade não traz objetividade ou transparência à aplicação dos direitos humanos", sendo apenas necessária (*ob. cit.*, p. 19); "as incomensurabilidades (...) não conduzem necessariamente a decisões arbitrárias (...). Por isso o pensamento da proporcionalidade não é necessariamente patológico" (*ob. cit.*, p. 19); "alguns teóricos [Barak, Alexy, Beatty, Craig] viram na proporcionalidade um potencial de racionalidade, transparência, objetividade e legitimidade que a doutrina não pode realmente cumprir." (*ob. cit.*, p. 1).

- apenas em algumas circunstâncias é possível decisão racional
 - nunca com ponderação
 - em alguns casos com ponderação

- otimistas
 - na maioria das circunstâncias é possível decisão racional
 - nunca com ponderação
 - em alguns casos com ponderação

A arrumação das posições doutrinárias individualizadas em cada uma destas categorias não é linear. Aliás, podem ser meramente de grau, como sucede entre as posições céticas que admitem em algumas circunstâncias decisões essencialmente determinadas pela razão e as posições otimistas que admitem que na maioria das circunstâncias (mas não em todas) pode haver decisões essencialmente determinadas pela razão. No primeiro caso a possibilidade de decisão racional é a exceção, no segundo é a regra.

Não sendo possível, nem imprescindível, percorrer exaustivamente a extensa lista de correntes doutrinárias resultantes do cruzamento dos vários critérios, dedicaremos atenção apenas a algumas, particularmente aquelas que melhor permitirão iluminar posteriormente o sentido e alcance da proporcionalidade e.s.e. Assim, nos dois números seguintes debruçar-nos-emos sobre teses que negam a racionalidade da ponderação, em situações de incomensurabilidade de valores. No próximo número, aludiremos a (i) posições céticas que afirmam a impossibilidade geral de decisão racional em situações de incomensurabilidade, o que conduz à afirmação de que a ponderação em situações de incomensurabilidade não é uma forma racional de deliberação. Porém, também o não são outras formas de decisão, pelo que não é por isso que aquela deve ser afastada. No número a seguir, estudaremos mais longamente algumas (ii) teses céticas ou otimizadas que aceitam em certas circunstâncias a possibilidade de decisões racionais em situações de incomensurabilidade, mas não através de ponderação. Esse número terá dois vetores: primeiro, a demonstração, ensaiada pelos defensores dessas teses, de que a ponderação suscita problemas metódicos e operacionais insolúveis, que provocam resultados inaceitáveis; segundo, a apresentação de vias alternativas de deliberação

racional, sem ponderação, em caso de colisões entre bens, interesses ou valores incomensuráveis. Em todas as circunstâncias procuraremos deixar argumentos que enfrentem as observações críticas.

Esgotadas as linhas argumentativas de refutação da racionalidade ou da racionalidade e pertinência da ponderação, focaremos as orientações otimistas que (iii) entendem que são normalmente possíveis decisões racionais em situações de incomensurabilidade através de ponderação.

9. A refutação da racionalidade da ponderação mas não do seu emprego

Há que distinguir entre teses (acima afloradas e abaixo desenvolvidas) que rejeitam a ponderação por ser, entre outras razões, irracional ou conduzir a resultados não racionalmente sustentados (HABERMAS) e as teses, localizadas noutra quadrante do pensamento jusfilosófico, que, não recusando a ponderação como modo de decisão, a consideram todavia, subjetiva, discricionária ou veículo do intuicionismo.

Dentro deste grupo, onde encontramos sobretudo positivistas²¹⁸⁵ e existencialistas, podem detetar-se várias correntes.

Numa arrumação possível, ZORRILLA distingue entre *intuicionistas* e *céticos*.

Os primeiros são herdeiros da corrente filosófica do intuicionismo (MOORE, PRICHARD, ROSS)²¹⁸⁶. Defendem que, da mesma forma que temos sentidos para apreender o mundo físico, temos sensibilidade para percecionar o mundo da ética e da moral e para julgar o que é certo e errado, que nos permite chegar a uma resposta moralmente correta para um dilema moral ²¹⁸⁷.

²¹⁸⁵ Não se conclua, porém, que uma orientação positivista conduz inexoravelmente a esta posição: v. Hart, *The Concept of Law*, p. 200.

²¹⁸⁶ Zorrilla, *Conflictos...*, p. 157.

²¹⁸⁷ Zorrilla, *Conflictos...*, p. 158, aponta Peczenik, como um dos percursores desta corrente no que se refere à ponderação em ambiente jurídico (cfr. «Legal Collision Norms and Moral Construction», in P.W. Brouwer, *Coherence and Conflict in Law: Proceedings of the 3rd Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Amsterdam, January 3-5, 1991*, Kluwer Law and Taxation, Deventer, 1992, pp. 177 ss.). O debate sobre se as escolhas baseadas na intuição são racionais, a-racionais ou irracionais suscita posições discrepantes. Sustentando que essas escolhas não são nem racionais nem irracionais Mather, «Law-making...», pp. 371-372 (invocando Hampshire, *Morality and Conflict*, Harvard University Press, Cambridge [Mass.], 1983).

Os segundos sublinham a natureza subjetiva e discricionária do juízo valorativo e da hierarquia entre princípios e valores estabelecida através da ponderação²¹⁸⁸.

Comum parece ser o sentido geral de substituir a razão pela vontade, como função criativa do Homem. A razão interferiria apenas na definição dos meios, os fins seriam determinados pelas nossas paixões, preferências ou inclinações características²¹⁸⁹. A incomensurabilidade impede a comparação racional entre valores plurais, pelo que as escolhas entre eles são realizadas numa base diferente da razão²¹⁹⁰.

Esta posição, na sua manifestação mais extrema, desemboca na inevitável conclusão de que todas as escolhas são irracionais, uma vez que nunca haverá *razões* para preferir uma linha de atuação a outra²¹⁹¹. Contudo, uma conclusão com esta irredutibilidade contraria as nossas perceções básicas da realidade e das faculdades cognitivas inatas das pessoas e das organizações para valorar e comparar alternativas de ação²¹⁹². Todos os dias milhões de pessoas, governos e instituições tomam biliões de decisões, das mais mezinhas às mais determinantes, menos ou mais difíceis, fazendo escolhas entre bens, interesses ou valores incomensuráveis²¹⁹³. A alegação de que essas decisões são irracionais ou a-rationais, isto é, não explicáveis pelos preceitos da razão, é, ela própria, irracional ou não racionalmente sustentável.

²¹⁸⁸ Assim, **Guastini**, «Principi di diritto e discrezionalità giudiziale», in *Diritto Pubblico*, vol. 3 (1998), pp. 641 ss., focando especificamente a ponderação de princípios constitucionais colidentes; *idem*, **Guastini**, *Distinguendo...*, pp. 170-171; *idem*, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 219; refutando, **Pino**, *Derechos...*, pp. 209 ss.

²¹⁸⁹ **Scharffs**, «Adjudication...», p. 1385 (criticando esta visão cética).

²¹⁹⁰ **Scharffs**, «Adjudication...», p. 1386.

²¹⁹¹ **Epstein**, «Are Values Incommensurable...», p. 686.

²¹⁹² **Sartor**, «A Sufficientist Approach...», p. 42.

²¹⁹³ **Epstein**, «Are Values Incommensurable...», p. 691: a questão difícil não é por que razão estas decisões são difíceis, mas por que razão parecem tão fáceis de tomar.

10. A refutação da racionalidade da ponderação e do seu emprego

Já foram expostas linhas de argumentação que minam alguns dos pressupostos da ponderação (efetiva existência de colisões, comensurabilidade).

Neste número aprofundaremos essa discussão. Enunciaremos o conjunto de argumentos que procuram demonstrar que a ponderação enfrenta dificuldades estruturais e metódicas que impedem a racionalidade e, concomitantemente, *a correção* dos seus resultados.

A análise dessas linhas críticas enfrenta à cabeça um problema de sistematização. Há críticas que atingem toda e qualquer forma de ponderação. Há apreciações críticas cujo alvo é apenas a ponderação realizada pelo juiz. Outras atingem por igual a ponderação realizada pelo juiz e pelo legislador. Noutra perspectiva, há argumentos decorrentes da Teoria Geral do Direito, da Teoria do Direito Constitucional, da Teoria da Constituição, das Teorias dos Direitos Fundamentais ou da Democracia, numa perspectiva global ou circunscrita a um ordenamento, que se misturam com considerações da Filosofia prática. Há considerações de natureza doutrinária ou dogmática, estrutural e metódico-analítica.

Sendo inviável proceder a uma arrumação epistemologicamente impecável de todas as possibilidades resultantes dos vários cruzamentos possíveis, não investiremos em identificar com precisão a raiz e natureza conceptual, dogmática ou metódica das críticas.

Na segunda parte deste número, concederemos audiência às teses que, negando racionalidade, pertinência e imprescindibilidade à ponderação, oferecem alternativas, que se reivindicam de racionais, para a resolução de colisões de bens, interesses e valores incomensuráveis, sem recurso à ponderação

10.1. Os problemas metódicos e estruturais da ponderação

São as seguintes as principais críticas endereçáveis a todo e qualquer tipo de ponderação: (i) não tem autonomia como técnica de descoberta e aplicação do direito; (ii) suscita dificuldades de definição do que se pondera, por falta de critério delimitador dos bens, interesses ou valores que entram em competição (com a

consequência, entre outras, de colocar os direitos numa relação transitiva com um conjunto indiferenciado de interesses); (iii) obscurece o discurso prático; (iv) dilui a separação entre direito e moral ou filosofia (e outras áreas discursivas). As críticas que têm em mente a ponderação realizada pelo juiz constitucional são: (v) estimula o ativismo judicial, (vi) causa insegurança e (vii) enfraquece a constituição.

Desconsideramos alguns apontamentos menores ou manifestamente inviáveis. Entre os segundos deve considerar-se a crítica, especificamente dirigida à proporcionalidade e.s.e., segundo a qual esta é tendencialmente conservadora ou não permite excluir fins ilegítimos²¹⁹⁴. Como apontámos no momento próprio e vários autores têm concluído²¹⁹⁵, a estrutura neutral da ponderação tanto pode veicular bens, interesses ou valores conservadores, como progressistas ou liberais, e tanto pode ser uma boa técnica de proteção de direitos, como não, pelo que tal crítica verdadeiramente não tem base sólida. Por outro lado, está insofismavelmente adquirido que a proibição do excesso pressupõe que a norma legislativa prossiga um fim legítimo.

Na apresentação e discussão dos vários argumentos procuramos articular perspetivas europeias e norte-americanas. Embora o foco, a cultura jurídica e a linguagem sejam com frequência manifestamente dicotómicas e aparentemente inconciliáveis, há uma complementaridade entre elas que beneficia a compreensão geral do tema.

10.1.1. Ausência de autonomia como técnica de descoberta e aplicação do direito

A ponderação, como método de descoberta e aplicação do direito, não tem autonomia.

Numa posição que se pode qualificar de extrema, alega-se que a ponderação depende sempre - ou é sempre determinada - pela forma como se interpretam as

²¹⁹⁴ Por exemplo, **Tsakyrakis**, «Proportionality...», p. 488, entende que o princípio da proibição do excesso não se coaduna com a exclusão liminar e absoluta de certos fins; cfr. **Möller**, «Proportionality...», p. 718.

²¹⁹⁵ Por todos, **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», pp. 960, 987; **Pino**, *Derechos...*, p. 225.

normas (real ou aparentemente colidentes) aplicáveis. A ponderação pode ser sempre substituída pelo método subsuntivo (ou interpretativo/subsuntivo), desde que se recorra aos métodos adequados de interpretação (por exemplo, teleológico/corretivos, no caso da adequação; restritivo/corretivos ou ampliativos, no caso dos outros segmentos da proporcionalidade). Frequentemente, quando os tribunais constitucionais alegam que estão a usar o método da ponderação - e fazem-no presumivelmente por motivos de política judicial, para se distinguirem dos demais tribunais -, estão na realidade a aplicar o tradicional método interpretativo-subsuntivo²¹⁹⁶.

Esta tese não é convincente. Por um lado, assume um conceito de ponderação que não é certamente consensual (por exemplo, toma o juízo de adequação como um juízo ponderativo). Por outro lado, parte de uma conceção de interpretação de latíssimo espectro. Em muitos casos, o que se diz ser interpretação é afinal não assumida criação normativa: o alcance da norma é corrigido, restringido ou ampliado com uma amplitude que nenhuma simples técnica de interpretação alguma vez comportaria. Talvez mais relevante: não demonstra que tipo de argumentação, tendencialmente *objetiva, racional* e pautada por procedimentos razoavelmente formalizados, é capaz de justificar a maior parte das decisões que apresenta como exemplos ilustrativos da possibilidade de decidir apenas com base na interpretação, isto é, sem ponderação. Em muitos desses casos, na verdade, a única justificação plausível e racional da conclusão dita meramente interpretativa e sem ponderação é a que decorre da ponderação dos bens, interesses ou valores pragmaticamente colidentes. E pode até conjecturar-se se a própria escolha entre vários métodos de interpretação alternativos (por exemplo, entre interpretação literal e teleológica) não é também realizada mediante ponderação²¹⁹⁷.

Outra visão igualmente cética em relação à autonomia da ponderação (no sentido de graduação ou de atribuição de peso ou valor), atribui-lhe a função de operação ancilar da subsunção. Por exemplo, LINDAHL aproveita a fórmula do peso de

²¹⁹⁶ Estas afirmações são feitas por **Amado** ao longo de «El juicio de ponderación...», *cit.* O termo ponderação é obviamente usado de modo impróprio, no sentido de proporcionalidade e.s.a. ou proibição do excesso.

²¹⁹⁷ Cfr., por todos, **Feteris**, «Weighing and Balancing...», p. 23.

ALEX²¹⁹⁸ para fazer a demonstração²¹⁹⁹. Os vários níveis das variáveis a serem ponderados podem sê-lo sem recurso a números (diferentemente do que ALEX²²⁰⁰ propõe), isto é, pode sempre utilizar-se letras: em vez de 1, 2, ou 4 para interferência leve, moderada ou séria, pode dizer-se apenas *l*, *m*, ou *s*; ou, no caso da fiabilidade das premissas empíricas, *r*, *p*, e *e* (de maior certeza para menor certeza). Usando esses utensílios metódicos é possível transformar uma operação de ponderação em apenas um passo de uma operação de subsunção. Pode, por exemplo, fazer-se o seguinte raciocínio lógico-silogístico, a partir de uma norma *N1*:

- (a) *N1*: sempre que numa colisão entre *P1* e *P2* o grau de interferência em *P1* corresponder a *s, s, r* e a importância da satisfação de *P2* corresponder a *m, s, r*, *P1* deve prevalecer;
- (b) no caso concreto *x* a ponderação permite concluir que a interferência em *P1* foi *s, s, r* e enquanto a importância da satisfação de *P2* corresponde a *m, s, r*;
- (c) no caso concreto *x* *P1* prevalece.

N1 seria apenas a expressão de uma das combinações possíveis entre as variáveis que expressam o grau de interferência e a importância de satisfação de *P1* e *P2*²²⁰⁰. Há outra fórmula argumentativa igualmente lógico-subsuntiva pela qual LINDAHL mostra preferência, por permitir diferenciações melhores e mais subtis do que a anterior²²⁰¹. Admita-se agora uma norma *N1^a*:

- (a) *N1^a*: numa colisão entre *P1* e *P2* se a importância da interferência em *P1* for superior à importância da satisfação de *P2*, *P1* deve prevalecer;
- (b) no caso concreto *x* verifica-se - através de ponderação - que a interferência em *P1* é superior à importância da satisfação de *P2*;
- (c) no caso concreto *x* *P1* prevalece.

Nos raciocínios lógico-silogísticos quanto muito há diferença sobre como se apuram os elementos da premissa menor. Nuns casos, esse apuramento é feito através de juízos de atribuição de valor ou peso, isto é, através de ponderação; noutros casos,

²¹⁹⁸ V *infra*, neste capítulo, 11.3.1.1.4.

²¹⁹⁹ Lindahl, «On Robert Alexy's Weight Formula...», p. 372.

²²⁰⁰ V. as vinte e sete combinações possíveis entre os três graus e as três variáveis para cada bem, interesse ou valor em Lindahl, «On Robert Alexy's Weight Formula...», p. 368.

²²⁰¹ Lindahl, «On Robert Alexy's Weight Formula...», p. 374.

a premissa menor é preenchida meramente através da qualificação jurídica de factos.

Esta refutação da autonomia da ponderação como método de aplicação do direito tem, desde logo, uma resposta: o silogismo judiciário, na verdade, também não passa muitas vezes sem uma operação de ponderação, ainda que camuflada, que permite ao criador/aplicador do direito definir a premissa maior²²⁰². Para se poder definir a premissa maior "numa colisão entre *P1* e *P2*, se a importância da interferência em *P1* for superior à importância da satisfação de *P2*, *P1* deve prevalecer", tem de se ponderar a importância abstrata relativa de *P1* e *P2*. Isso pode não estar estabelecido à partida, competindo ao aplicador do direito realizar essa operação de ponderação que estabeleça a premissa maior. Desse modo, seria a subsunção a não ter verdadeira autonomia em relação à ponderação.

Assim sendo, haveria tão-somente uma diferença no que respeita ao momento lógico em que a ponderação é realizada: no método subsuntivo ela é convocada para o preenchimento da premissa menor, enquanto no método ponderativo *qua tale* ela é a operação central do preenchimento da premissa maior.

Mesmo que ambas as construções teóricas possam reivindicar um fundo de verdade e haja que admitir a fluidez da dicotomia²²⁰³, a diferença entre método de subsunção e método de ponderação não é despicienda. A circunstância de o momento ponderativo - com a sua incontornável dose de subjetividade²²⁰⁴ - ser relevante para a premissa maior ou para a premissa menor do silogismo judiciário não é indiferente: no primeiro caso a pretensão de generalidade e de abstração, de intemporalidade e de perenidade é tendencialmente superior.

²²⁰² **McFadden**, «The Balancing Test...», p. 643; **Van Drooghenbroeck**, *La Proportionnalité...*, p. 287, com mais referências.

²²⁰³ E a averiguação sobre isso escapa largamente ao âmago deste trabalho.

²²⁰⁴ Como admitiremos *infra*, neste capítulo e no capítulo 18.

10.1.2. Ausência ou dificuldade de definição do que se pondera, por falta de critério delimitador dos bens, interesses ou valores que entram em competição

Outra crítica à ponderação é que esta implica a colocação dos direitos fundamentais numa relação transitiva com os bens, interesses ou valores com os quais colidem. Aqueles direitos não gozam de nenhuma prioridade nem de nenhuma diferenciação normativa de raiz, na medida em que a ponderação pressupõe que não passam de bens jurídicos otimizáveis que competem pela primazia com outros bens e valores, podendo por eles ser derrotados²²⁰⁵. Os direitos são degradados a meras premissas de um raciocínio de proporcionalidade (ter-se um direito reconhecido na constituição não é mais do que *ter direito a um juízo de proporcionalidade*²²⁰⁶).

Esta crítica é eventualmente reforçada se a ponderação for instrumental a um juízo moral irrestrito²²⁰⁷ e consumir a transitividade dos direitos fundamentais não apenas com outros bens, interesses ou valores fundamentais, mas com uma pletora indiferenciada e não criteriosa de bens, interesses ou valores. Criticável não é apenas a circunstância de os direitos terem de competir como *outros*, mas também não haver uma *stopping rule*²²⁰⁸, forçando-os a competir com *todo e qualquer* bem, interesse ou valor colidente, não importando a sua fonte, natureza ou conteúdo. A noção de interesse público seria densificada de forma generosa e tendencialmente coincidente com *qualquer* interesse da maioria²²⁰⁹.

No próprio campo dos direitos fundamentais haveria uma manifestação clara dessa ausência de orientação seletiva e criteriosa: o denominado princípio da generosidade definitiva (*principle of definitional generosity*)²²¹⁰, outro modo de identificar a conceção ampla do âmbito de proteção dos direitos. De acordo com esta

²²⁰⁵ Habermas, *Facticidad y validez...*, p. 332 e exposição *infra*. Sublinhando este aspeto, Meyerson, «Why courts should not balance...», pp. 809 ss.

²²⁰⁶ Webber, *The Negotiable...*, p. 104.

²²⁰⁷ Urbina, «A Critique...», p. 77 ("If proportionality allows for unconstrained moral reasoning, then it cannot exclude anything").

²²⁰⁸ Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 253, 285.

²²⁰⁹ Tsakyrakis, «Proportionality...», p. 481.

²²¹⁰ Tsakyrakis, «Proportionality...», p. 480.

conceção, que se reflete na extensão do âmbito de proteção do direito, quer ele surja como objeto de interferência ou como objeto de promoção pela norma legislativa, a inclusão de pretensões no âmbito de proteção de direitos é reconhecida independentemente de qualquer juízo valorativo moral exaustivo e profundo sobre a *correção* dessa inclusão²²¹¹. Ora, a ausência de um juízo valorativo criterioso pode ter como consequência que no processo de ponderação sejam considerados tópicos que não são genuínos ou que têm um significado moral reduzido, mas que competem em igual pé com direitos fundamentais²²¹².

Tomemos o caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, julgado em 1994 pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²²¹³. Encurtando razões, um filme destinado a ser exibido em cinemas privados figurando Deus, Cristo e a Virgem Maria de um modo aviltante, à mistura com cenas com conteúdo sexual, foi apreendido pelas autoridades austríacas. Pronunciando-se sobre essa ação, o Tribunal entendeu que não houve uma interferência ilícita na liberdade de expressão do realizador do filme: a apreensão tinha um fim legítimo, a proteção do direito dos cidadãos a não serem atingidos nos seus sentimentos religiosos pelas visões de outras pessoas; não havia outros meios menos drásticos para atingir o fim; o impacto da apreensão na liberdade de expressão não era desproporcionado em relação à proteção concreta da liberdade de religião e, no âmbito desta, do direito à proteção dos sentimentos religiosos contra a blasfémia. Ignorando por um momento se este caso é examinável à luz da proibição do excesso ou do defeito, verifica-se que ele é facilmente transformável numa situação de controlo de uma norma legislativa que permite a apreensão de filmes quando estes ofendam o sentimento religioso dos crentes de uma religião.

TSAKYRAKIS dirige várias críticas a esta decisão judicial, que, na sua apreciação, coonestava uma brutal (*sic*) interferência na liberdade de expressão. Uma delas, que consideraremos posteriormente, é a ausência de transparência no que toca ao objeto e processo de ponderação. Outra, reporta-se à circunstância de o Tribunal ter adotado a conceção ampla do âmbito de proteção do direito fundamental que, diz, é inerente ao quadro de argumentação e de aplicação da proibição do excesso

²²¹¹ Tsakyrakis, «Proportionality...», p. 480.

²²¹² Tsakyrakis, «Proportionality...», p. 482; cfr., também, Urbina, «A Critique...», p. 73.

²²¹³ Um dos casos invocados por Tsakyrakis, «Proportionality...», pp. 476 ss.

e, dentro dele, da ponderação. Foi essa concepção ampla que levou a considerar o direito à proteção dos sentimentos religiosos contra a blasfêmia como integrante *prima facie* do âmbito de proteção da liberdade de religião. Presume-se que, no entendimento do autor, uma concepção restritiva do âmbito de proteção excluiria essa pretensão subjetiva do âmbito de proteção da liberdade de religião, pelo que nunca se colocaria sequer a possibilidade de a norma da liberdade de expressão ser interpretada de modo a excluir a blasfêmia ou de, muito menos, ser objeto de uma operação de ponderação que a isso conduzisse.

A construção de TSAKYRAKIS é refutável por vários motivos.

Primeiro, por não distinguir claramente entre aspetos estruturais da ponderação e da proibição do excesso e opções conjunturais de quem a aplica. Por exemplo, adotar uma definição de interesse público que o confunde com interesse da maioria ou ponderar bens, interesses ou valores não constitucionalmente fundados, não resulta de nenhum traço estrutural da ponderação ou da proibição do excesso.

Segundo, por simplificar de modo quase caricatural a estrutura e a metódica da proibição do excesso, particularmente da ponderação materializadora da proporcionalidade e.s.e.²²¹⁴. Conforme expomos noutra local deste trabalho²²¹⁵, no quadro da aplicação da proibição do excesso não é forçoso que se siga uma concepção de âmbito de proteção *ilimitado* do direito. Embora a teoria, a dogmática e a metódica da proibição do excesso convivam com naturalidade com uma concepção ampla do âmbito de proteção, isso não implica a inexistência de qualquer limite fixado com auxílio de um critério substantivo, de modo a excluir dele algumas pretensões.

Terceiro, por as próprias orientações restritivas do âmbito de proteção dos direitos não conseguirem resistir a algumas críticas, algumas delas similares às que atingem as teses do âmbito alargado: (i) incapacidade de demonstrar que a fixação de um âmbito de proteção restritivo não resulta, ela própria, de operações de ponderação²²¹⁶; (ii) ausência de transparência no processo de definição do âmbito

²²¹⁴ O próprio Tsakyrakis, «Proportionality...», p. 471, admite que a concepção de proporcionalidade clássica ou proibição do excesso de que parte é simplista.

²²¹⁵ Capítulo 9, 3.1.

²²¹⁶ Klatt/Meister, *The Constitutional...*, pp. 46-47.

de proteção²²¹⁷; (iii) deficiência na distinção entre o que é imputável à interpretação e fixação do âmbito de proteção do direito e o que é imputável ao momento subsequente de justificação de uma interferência num direito²²¹⁸.

10.1.3. Obscurecimento do discurso prático

A estrutura da ponderação é acusada de ser obscura, rudimentar e pouco transparente. Não está fixado nenhum sistema estável de identificação, avaliação ou comparação dos interesses em jogo²²¹⁹. O mecanismo de ponderação permanece um mistério. Mesmo uma pretensa ponderação científica não fornece argumentos que possam mover-nos. São simples demonstrações²²²⁰. Muitas vezes as premissas não são fiáveis²²²¹.

Regressemos a *Otto-Preminger-Institut v. Austria*. Segundo algumas críticas, esse caso mostra que a estrutura do processo de ponderação é insuficientemente rigorosa, precisa e clara, limitando-se tipicamente a considerações impressionistas sobre o peso relativo de argumentos competidores, sem que seja possível uma reconstrução racional do trajeto argumentativo que conduz a uma decisão particular²²²².

Ora, mesmo que isso corresponda a uma apreciação correta *daquele* caso específico, falha a demonstração de duas coisas: (i) que a ausência de rigor, precisão e clareza é uma *fatalidade* inerente à técnica da ponderação e não uma mera *contingência* daquele caso; (ii) que a(s) técnica(s) alternativa(s) de aplicação do direito não padecem dessas deficiências, ou padecem menos.

²²¹⁷ Klatt/Meister, *The Constitutional...*, p. 47.

²²¹⁸ Klatt/Meister, *The Constitutional...*, p. 47.

²²¹⁹ Aleinikoff, «Constitutional Law...», p. 982.

²²²⁰ Aleinikoff, «Constitutional Law...», p. 993.

²²²¹ Klatt / Meister, *The Constitutional Structure...*, *cit.*, p. 64 (o problema real da ponderação é a não fiabilidade das premissas e não a incomensurabilidade, mesmo que esta última possa ser uma das razões da primeira).

²²²² Tsakyrakis, «Proportionality...», p. 482; Urbina, «A critique...», p. 73; sobre o fenómeno da hipercontextualização na jurisprudência do TEDH, Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité...*, especialmente pp. 291 ss.

À primeira questão responde-se recorrendo aos dados empíricos. Estes mostram que tanto há decisões ponderativas claras, transparentes e convincentes, como há outras obscuras e incapazes de concitar adesão. Se assim é, não estamos perante um fator endémico da ponderação, mas sim perante algo que depende de variáveis estranhas à sua estrutura.

À segunda questão responde-se negativamente. Alternativa à ponderação é a aplicação categorial da norma constitucional, através de subsunção. Para seguir esta segunda via na decisão sobre se o comportamento administrativo julgado em *Otto-Preminger-Institut v. Austria* ou uma norma legislativa que proíba filmes blasfemos limitam a liberdade de expressão, sendo todavia justificados pela liberdade religiosa, a autoridade decisora teria de esclarecer, através de interpretação, o âmbito de proteção de ambas as normas de direitos. Nesse exercício de interpretação não poderia recorrer a qualquer tipo de contrapeso dos bens, interesses ou valores colidentes no caso. Teria exclusivamente de verificar se no âmbito de proteção da norma da liberdade de religião cabe a proteção de sentimentos religiosos contra atitudes ou expressões blasfemas de terceiros e se no âmbito de proteção da liberdade de expressão cabe a produção de filmes blasfemos. Ora, basta conhecer as normas de direito interno, de direito constitucional de outras ordens e de direito internacional dos direitos²²²³ para verificar a olho nu que nenhuma é clara num ou noutro sentido.

Trata-se, além disso, de um caso difícil, a propósito do qual duas pessoas razoáveis podem discordar.

Por isso, o legislador ou o juiz não podem prescindir de complexas considerações e argumentações, mais ou menos infiltradas por puros juízos de ordem moral. A questão difícil de especificar se no âmbito de proteção da norma da liberdade de religião cabe a proteção de sentimentos religiosos contra atitudes ou expressões blasfemas de terceiros e se no âmbito de proteção da liberdade de expressão cabe a produção de filmes blasfemos, tem se ser feita através de argumentos - de ordem moral, ou outros, consoante a teoria do direito a que se adira - estritamente extraídos da exegese de cada um dos direitos.

²²²³ V., por todos, **Van Drooghenbroeck**, *La Proportionnalité...*, pp. 226 ss., no que respeita à CEDH.

Essa tarefa resultaria complicada - *e não facilitada* - pela opção teórica de fugir à valoração do peso e importância da potencial ou real interferência em cada um dos direitos concretamente em causa e do respetivo contrapeso, por forma a apurar qual deve prevalecer.

Em *Otto-Preminger-Institut v. Austria* nada permite dizer que se o Tribunal tivesse adotado uma técnica de aplicação do direito isenta de ponderação não chegaria à mesma conclusão a que chegou através de ponderação, isto é, que a liberdade de expressão não abrange a possibilidade de exhibir filmes blasfemos e que a liberdade de religião abrange a proteção contra a blasfémia. E nada permite dizer que o fizesse de forma mais rigorosa, precisa e clara. Pelo contrário, muito provavelmente através desse método perder-se-ia a indicação de que o Tribunal, no caso, atribuiu *maior peso e importância* à proteção do que entendeu ser uma componente da liberdade religiosa do que à manifestação da liberdade de expressão.

Ora, essa indicação *de peso e importância* é certamente um fator relevante, eventualmente crucial, para compreender o discurso do Tribunal (ou da sua maioria) e até para o criticar, como TSAKYRAKIS faz. A sua ocultação atrás de meros juízos morais sobre o conteúdo de cada direito, essa sim, contribui para a obscuridade e inextricabilidade das decisões de casos difíceis como *Otto-Preminger-Institut v. Austria*.

10.1.4. Relação ambígua com juízos morais

Do debate sobre a relação entre ponderação e a argumentação moral resultam apreciações críticas de sinal contrário.

De um quadrante vem a alegação de que a retórica da ponderação é um fator de exaustão axiológica e de dissimulação ou desvalorização do discurso moral que constitui o cerne da doutrina dos direitos fundamentais²²²⁴. Esta posição atinge a ponderação e a proporcionalidade e.s.e. na medida em que são descritas com uma

²²²⁴ Nestes exatos termos, Tsakyrakis, «Proportionality...», p. 493.

aura de objetividade, de neutralidade e de total separação em relação a qualquer referência ou juízo moral²²²⁵.

Sem embargo, essa alegação é rejeitada pelo menos por quem não aceite uma conceção da proibição do excesso e, concomitantemente, da ponderação e da proporcionalidade e.s.e., moralmente neutras e indiferentes. *Em si mesmas*, aquelas encarnam intrinsecamente ou espelham juízos morais. Por exemplo, a exigência de um fim legítimo envolve uma apreciação moral sobre o que justifica uma interferência. As exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e. são proposições morais²²²⁶. Por outro lado, a *aplicação* da proibição do excesso processa-se através de juízos morais: os direitos são criações morais, pelo que a aplicação do direito que os envolva convoca forçosamente juízos morais²²²⁷. A ponderação realizada neste contexto não pode ser moralmente neutra.

Porém, esta orientação é apenas parcialmente correta. *Em si*, é verdade que a estrutura da proibição do excesso, particularmente a adequação e a necessidade, encarnam considerações que se podem considerar moralmente *corretas* ou *sustentadas*. Mas, do ponto de vista estrutural e metódico, a proporcionalidade e.s.e. e a ponderação que a substancia é valorativamente neutral. A ponderação funciona como veículo *facilitador* ou, se quisermos utilizar mais uma metáfora inspirada nas ciências exatas, como *acelerador* de juízos que podem ter uma componente moral. Mas a ponderação, *por si*, não promove, não seleciona, não privilegia qualquer tipo de consideração trazido à ponderação, não exclui nenhuma teoria substantiva da justiça²²²⁸.

De outro quadrante, observa-se que justamente esta predisposição da ponderação para ser terra franca onde todas as considerações são admitidas, facilita a sub-reptícia entrada de juízos morais na aplicação do direito. Esta observação corre na mesma direção que as críticas dirigidas pelas correntes positivistas, noutro patamar discursivo, à teoria dos princípios: esta coloca em risco a separação entre direito e moral como estruturas normativas, na medida em que não estabelece uma clara

²²²⁵ Tsakyrakis, «Proportionality...», pp. 474-475. A crítica pode ser endereçada, sobretudo, à contribuição de Alexy, como veremos.

²²²⁶ Möller, «Proportionality...», p. 716.

²²²⁷ *Idem*, p. 717; Klatt/Meister, *The Constitutional...*, p. 52.

²²²⁸ Klatt/Meister, *The Constitutional...*, pp. 55-56.

fronteira entre o que são argumentos de direito positivo resultantes da incorporação de preceitos de moral e o que são puros juízos morais²²²⁹. Concomitantemente, a ponderação não facilita a distinção nem assegura uma separação, antes facilita a diluição, das várias contribuições para o exercício ponderativo, independentemente da sua proveniência.

10.1.5. Estímulo ao ativismo judicial

A ponderação transforma a interpretação do direito vigente no "negócio de uma *realização de valores*, que os concretiza orientando-se pelo caso concreto" (itálico no original)²²³⁰. Isso é campo aberto para o ativismo do Tribunal Constitucional, baseado numa *Wertjudikatur* e na *Güterabwägung*. A configuração do sistema de direitos passa a depender diretamente daquele, no exercício de uma atividade legislativa implícita, causando o apagamento do legislador²²³¹. Ora, o juiz constitucional não pode ser simultaneamente mestre e profeta²²³². A ponderação/proporcionalidade e.s.e. são vistas como veículos de transferência do poder de definição do âmbito e do conteúdo dos direitos para os juízes, extraindo-os da esfera do poder legislativo democrático²²³³. A ponderação como método ou técnica de aplicação de normas constitucionais replica a tarefa que uma sociedade democrática exige ao legislador. Muitas decisões judiciais que assentam em operações de ponderação ostentam uma pronunciada natureza quase legislativa²²³⁴.

²²²⁹ Cfr., por todos, **Poscher**, «Insights...», pp. 428 ss.; «The Principles...», pp. 221 ss.

²²³⁰ **Habermas**, *Facticidad y validez...*, p. 327.

²²³¹ *Idem*, p. 335.

²²³² *Idem*, p. 331, citando **Perry**, *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1988, pp. 152 ss.

²²³³ Diferentemente, **Moschetti**, «El principio de proporcionalidad...», p. 206, pronunciando-se especificamente sobre a proporcionalidade, afirma que esta é antes uma forma de garantia da separação de poderes.

²²³⁴ **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 984.

A ideia de que a categorização favorece o passivismo judicial e o legislador, enquanto o *balancing* favorece o ativismo judicial e os direitos, está também no centro do debate nos EUA²²³⁵.

O debate sobre o ativismo judicial suscita posições desencontradas. Desde logo, há quem sustente que, existindo, não é forçosamente mau. Quando entra em operações de ponderação, o juiz constitucional tende a dar expressão a interesses que o legislador ignorou ou não pesou devidamente²²³⁶. Isso reforça a representação dos grupos junto das esferas de decisão e protege direitos e interesses constitucionais por vezes esquecidos na azáfama legislativa²²³⁷. Por outro lado, o Tribunal tende a cingir-se aos argumentos constitucionais e à sua devida consideração, diferentemente do legislador²²³⁸.

Noutra linha de argumentação, nega-se que os factos demonstrem que a ponderação encoraja e favorece efetivamente o ativismo dos juízes ao invés do interpretativismo ou estratégia dita meramente subsuntiva²²³⁹.

Além disso, a objeção do ativismo judicial é também oponível a quem sustente teses interpretativistas que admitam que se vá além do sentido *literal* da norma constitucional, com parece inexorável. Ora, na maioria dos casos, saindo-se do literalismo é quase inevitável a criatividade (e atrás da criatividade vem o ativismo) do juiz constitucional.

²²³⁵ Sendo relevante (embora não decisivo para o ponto que se discute) notar que, nos EUA, os primeiros casos de notório *balancing* do Supremo Tribunal foram a forma encontrada por este, no final de 1939 início da década de 1940, para pôr termo ao período de ativismo judicial da jurisprudência de *Lochner* e iniciar um período de maior deferência para com o legislador. O mesmo sucedeu, aliás, com o uso do *balancing* nos casos de liberdade de expressão do período do macartismo, na década de 1950, com decisões de *balancing também favoráveis* às políticas do Governo restritivas de liberdade de expressão de pessoas suspeitas de ligação ao comunismo. V., por exemplo, **Paulo Branco, Juízo de ponderação...**, pp. 90 ss.

²²³⁶ **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 984; **Petersen**, «How to Compare the Length...», p. 1393.

²²³⁷ **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», p. 984.

²²³⁸ **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», pp. 985-986.

²²³⁹ Para uma visão desdramatizadora das diferenças dos dois modelos no que se refere à estimulação do ativismo judicial, v., por todos, **Kathleen M. Sullivan**, «Post Liberal Judging...», pp. 306 ss. ("no fim, os dois modelos estruturais são realmente o mesmo").

10.1.6. Insegurança

A ponderação prototípica da proporcionalidade e.s.e. aplicada pelo juiz constitucional suscitaria imprevisibilidade e insegurança²²⁴⁰, mesmo que a decisão seja gerada em situações de fiscalização abstrata da constitucionalidade de normas, uma vez que aquela produz apenas efeitos naquele caso específico, aceitando ou não a justificação da interferência.

Em sentido contrário, alega-se, porém, que embora a ponderação não seja imune a situações de incerteza, esta pode ser reduzida através da introdução de mecanismos de formalização que facilitam a seleção e apreciação dos argumentos pertinentes e previnem a arbitrariedade (particularmente a judicial). O mais influente e debatido esquema é certamente o sintetizado pelas leis da ponderação de ALEXY, cujas praticabilidade e pertinência serão estudadas em breve.

10.1.7. Enfraquecimento da força normativa da constituição

A possibilidade de ponderação, designadamente dos direitos, com outros bens, interesses ou valores, nomeadamente públicos, torna a constituição decorativa ou residual²²⁴¹. A própria compreensão do Direito Constitucional como disciplina de interpretação da constituição²²⁴² ressentir-se-ia: se o objeto da interpretação perde importância, a interpretação e a disciplina que se constrói na base da interpretação perde importância.

A constituição não desempenharia nenhum papel normativamente decisivo para a efetividade dos direitos. Esta seria produto (ou não) da ponderação e não da imperatividade da norma constitucional.

No entanto, a questão da efetividade dos direitos depende de muitos mais aspetos do que a técnica da sua aplicação. Por outro lado, a ponderação é ainda uma "criação" da constituição e não uma fórmula trazida "de fora", para sua fragilização.

²²⁴⁰ Weber, *The Negotiable...*, pp. 110-111; Moreso, «Ways of Solving Conflicts...», p. 38; Petersen, «How to Compare...», p. 1403.

²²⁴¹ Tsakyrakis, «Proportionality...», p. 471.

²²⁴² Aleinikoff, «Constitutional Law...», p. 987.

É através da ponderação que a constituição assegura o seu próprio cumprimento em situações de impasse normativo ou que previne o impasse normativo. A inexistência de um método aplicativo como a ponderação perpetuaria situações de impasse que, elas sim, implicariam o bloqueio total da força normativa da constituição.

10. 2. Alternativas à ponderação

A tarefa de isolar as várias propostas que, recusando a ponderação, avançam com construções alternativas, enfrenta a dificuldade da multiplicidade e diversidade de construções. Num esforço simultaneamente de síntese e de especificação, faremos primeiro o exercício de exposição dos pilares daquela que tem sido a tese mais difundida, recorrendo ao pensamento de expoentes da filosofia política e jus-fundamental como HABERMAS, DWORKIN, RAWLS, WALDRON, FINNIS, NOZICK. Depois focaremos exemplos do que se pode designar por especificacionismo, hoje muito em voga no âmbito do pensamento jusfilosófico²²⁴³.

10.2.1. As orientações deontológicas

10.2.1.1. Os pilares fundamentais

Estudaremos neste número a conceção que sustenta que as normas de direitos fundamentais têm uma estrutura deontica fechada ou categórica. Para simplificar, designamos esta conceção por *deontológica*. Professam-na autores que perfilham que os direitos fundamentais são *trumps* (DWORKIN²²⁴⁴), *side constraints*

²²⁴³ Numa exposição que procura retratar as grandes fraturas acabam sempre por ficar na penumbra as posições - eventualmente maioritárias - que propugnam soluções intermédias, matizadas, sincréticas, que evitam cair no extremismo das orientações mais puras. Por exemplo, não faltam orientações que, criticando a ponderação como método dominante de aplicação da constituição, admitem a sua aplicação como *ultima ratio*, em casos difíceis, extremos e raros, insuscetíveis de resolução através de interpretação (ainda que levada ao limite) das normas constitucionais: v., por exemplo, **Aleinikoff**, «Constitutional Law...», pp. 995, 1003.

²²⁴⁴ O debate sobre o que distingue os direitos fundamentais de outras posições ou grandezas - o que queremos dizer quando dizemos que temos um direito fundamental - tem suscitado várias

(NOZICK²²⁴⁵), *firewalls* (HABERMAS²²⁴⁶) e outros²²⁴⁷. Desconsiderando, por agora, os desencontros entre eles, bem como as significativas *nuances* dos seus contributos, sublinham-se apenas aspetos comuns desta linha de pensamento: (i) a atribuição aos direitos de *primazia* perante considerações de *policy* eventualmente antagónicas ou incompatíveis, qualquer que seja a importância ou peso destas e quaisquer que sejam as *consequências* do reconhecimento dessa primazia em situações de colisão; (ii) o carácter absoluto dos direitos; (iii) a natureza meramente aparente das colisões entre direitos; (iv) consequentemente, a insusceptibilidade e a desnecessidade de serem sujeitos a operações de ponderação em caso de aparente colisão. A estas teses contrapõem-se as concepções *relativistas*, umas mais extremas, que consideram os direitos meros interesses em risco permanente de serem superados por outros interesses, mesmo sem fonte constitucional, não lhes sendo conferido qualquer tipo de preferência²²⁴⁸, outras mais matizadas²²⁴⁹.

metáforas. Dentro das correntes que sustentam que os direitos gozam de uma prioridade especial em relação a todas as demais considerações, a mais conhecida é a dos *rights as trumps* de **Dworkin** (v. *Taking Rights Seriously*..., p. 184; «Rights as trumps», *cit.*).

²²⁴⁵ **Nozick**, *Anarchy*..., pp. 28 ss.

²²⁴⁶ A metáfora do *fire wall* foi lançada por **Habermas**, com óbvia filiação nos *trumps* de **Dworkin** (v. a tradução de *Faktizität und Geltung*..., para inglês, de **William Rehg**, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, p. 258): "By assuming it should strive to realize substantive values pre-given in constitutional law, the constitutional court is transformed into an authoritarian agency. For if in cases of collision all reasons can assume the character of policy arguments, then the fire wall erected in legal discourse by a deontological understanding of legal norms and principles collapses.". O dicionário traduz *fire wall* por corta-fogo. No *software* informático, os *fire wall* são barreiras virtuais contra intervenções "hostis". Em ambos casos, é a ideia de defesa ou de barreira que é vinculada, ideia talvez redutora do que é um direito fundamental.

²²⁴⁷ Entre muitos, **Waldron**, «A Right Based Critique of Constitutional Rights», in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13 (1993), p. 30; **Tsakyrakis**, «Proportionality...», pp. 470 ss., **Finnis**, «Natural Law...», *cit.*

²²⁴⁸ Cfr. **Beatty**, *The Ultimate*..., p. 171 (os direitos são "floreado retórico"); **Kumm**, «Political Liberalism...», *cit.* Fala-se a esse propósito de um modelo de interesses. Sobre isso, v., por todos, **Klatt/Meister**, *The Constitutional*..., pp. 15 e ss.

²²⁴⁹ Cfr. as teses de "soft trumping" ou "weak trump model" (isto é, que aceitam a carácter de trunfo dos direitos, mas incorporam a ideia dos direitos como trunfos fracos na teoria da proporcionalidade), de **Klatt/Meister** (*The Constitutional*..., pp. 23 ss.; *idem*, «Proportionality...», pp. 690 ss.), ou dos *direitos como escudos* (*shields*) de **Schauer** (por exemplo, «A Comment on the Structure of Rights», pp. 415 ss.). Sobre a questão de saber "o que é que o titular de um direito tem quando tem um direito", **Schauer** responde que o titular tem apenas o direito a que o Estado não restrinja o direito sem uma justificação com um especial força, designadamente, em nome de um *compelling interest* ou algo similar (*ob. cit.*, p. 429). A concepção dos direitos como escudos começa por ser, consequentemente, uma explicação da fórmula norte-americana do *compelling interest*, enquanto fundamento justificador da limitação de direitos. Nessa medida, rejeita a concepção dos direitos como trunfos (**Dworkin**) ou como *side constraints* (**Nozick**) e uma concepção absoluta dos direitos. Contudo, também não vai tão longe na relativização dos direitos como o que pode resultar da aplicação do método do *balancing*. Numa certa perspetiva, é uma tese que se pode considerar intermédia entre a concepção dos direitos absolutos e uma concepção que adota o princípio da

Sintetizando a sua polémica com ALEXY, vejamos como a ideia de primazia resulta do quadro intelectual e filosófico "europeu" de HABERMAS²²⁵⁰. O ponto de partida deste último é a rejeição de que os direitos possam assimilar-se a valores²²⁵¹. Este argumento assenta na distinção ontológica entre normas (incluindo os princípios, entendidos como normas de ordem superior que justificam outras normas) e valores. As normas em geral, incluindo as normas de direitos, têm um sentido *deontológico*, enquanto os valores têm um sentido teleológico²²⁵². As normas apresentam-se com uma pretensão binária de *validade*: são válidas ou inválidas (diferentemente do que ALEXY sustenta, no que toca aos princípios²²⁵³). Ao invés, os valores fixam relações de preferência que expressam maior atratividade de uns bens do que outros: a adesão aos enunciados valorativos admite graus. As normas válidas obrigam os seus destinatários, sem exceção e por igual, a praticar um comportamento; os valores estabelecem certos fins que se pretende atingir, ficando os agentes encarregues de definir os meios para os atingir na maior medida possível. O que é devido nos termos de uma norma tem um sentido deontológico absoluto, pretende ser bom para todos por igual. Diferentemente, a decisão valorativa tem um sentido relativo, particularístico, expressa o que, tudo considerado, é bom para nós (ou para mim).

As normas *não podem contradizer-se* entre si; se pretendem validade para o mesmo círculo de destinatários, têm de formar um conjunto coerente, isto é, formar um

proporcionalidade (cfr. **Kumm**, «Political Liberalism...», *cit.*). O autor ensaiou ultimamente a compatibilização entre a sua construção e o tópico da proporcionalidade: v., neste sentido, «Proportionality and the question of Weight», pp. 174 ss. Essa compatibilização passa pela atribuição de um peso específico próprio aos direitos na estrutura da proporcionalidade.

²²⁵⁰ Não obliterando que o pensamento de **Habermas** recolhe influências significativas em pensadores não europeus. Por exemplo, sintomaticamente, **Habermas** adota a teoria normativa da interpretação construtiva como procedimento racional de sublimar o sentido deontológico das normas de direitos, alinhando pelo *interpretativismo* ou *interpretação construtiva* (*constructive interpretation*) de **Dworkin**. A *interpretive approach to law* de **Dworkin** aparece com contornos mais claros a partir de alguns trabalhos mais recentes, como *Law's Empire*, de 1986.

²²⁵¹ **Habermas**, *Facticidad y validez...*, p. 327.

²²⁵² **Habermas**, *Facticidad y validez...*, p. 328. V., também, **Habermas**, «Anhang zu 'Faktizität und Geltung'», in *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, 2006, pp. 309 ss.; trad. port. em **A inclusão do outro - Estudos de teoria política**, Loyola, São Paulo, pp. 299 ss.

²²⁵³ Cfr. **Manuel Atienza**, «Entrevista a Robert Alexy», in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 24, p. 16: o resultado final de uma fundamentação que tenha por objeto direitos fundamentais deve ter uma estrutura binária, só pode ser válida ou inválida. Mas o caráter binário do resultado não implica que todos os passos da fundamentação devam ter um caráter binário.

sistema, não dependendo a sua aplicação de ponderação. Diversamente, os diversos valores competem entre si para ganhar primazia, gerando configurações de relações hierárquicas simultaneamente flexíveis e tensas, podendo ser derrotados em concreto²²⁵⁴. Daí decorrem importantes diferenças na respetiva *aplicação*. Normas e valores geram *orientações distintas para a ação*. Em ambos os casos se exige a seleção de uma ação correta. Mas, no caso da aplicação da norma válida, correta é a ação obrigatória, que é boa para todos por igual, enquanto no caso dos valores correto é aquele comportamento que é bom a prazo para nós. A consideração dos direitos como valores e não como normas implica a sua depreciação, desvitalizando a sua força e natureza jurídicas. Ver os direitos fundamentais simplesmente como interesses que podem ser derrotados ou superados por outros interesses, incluindo, para conceções mais extremas, interesses não constitucionais, não está de acordo com o entendimento comum do que é ter um direito²²⁵⁵. Por isso, esse pressuposto teórico é inaceitável²²⁵⁶.

Um dos pilares da conceção deontológica é a natureza absoluta dos direitos fundamentais^{2257/2258}. Qual a justificação para que os direitos fundamentais, *todos* os direitos fundamentais, independentemente do seu objeto e estrutura, tenham a natureza de *trunfos* que lhes atribua em abstrato uma posição de primazia em relação a todas as demais considerações, *maxime* as de interesse geral ou *policies*, mesmo as mais vitais? DWORKIN aponta duas justificações²²⁵⁹: uma, de

²²⁵⁴ **Habermas**, *Facticidad y validez*..., pp. 328, 330.

²²⁵⁵ **Dworkin**, *Taking Rights*..., p. 194.

²²⁵⁶ Note-se, todavia, que embora **Habermas** impute a **Alexy** a conceção (por ele criticada) dos direitos como valores, a verdade é que **Alexy** adere explicitamente à tese dos direitos como entidades deontológicas, rejeitando que sejam meros valores no sentido depreciativo apontado por **Habermas**: cfr. *Theory*..., pp. 138 ss.

²²⁵⁷ Cfr. **Finnis**, «Commensuration...», pp. 224 ss.

²²⁵⁸ Defensores da tese deontológica, como **Nozick**, *Anarchy, State and Utopia*, p. 30, nota, admitem, todavia, a possibilidade de superação do que é primariamente absoluto ou categórico quando se esteja na eminência de "horrores morais catastróficos". Simplesmente, a aceitação dessa exceção, mesmo que apenas em situações extremas, ameaça a base de toda a construção deontológica. Se os princípios morais supremos podem ceder quando se quer evitar a *consequência* da consumação de horrores morais catastróficos, isto é, "horrores" que não podem deixar de ser superiores ao mal infligido a um princípio moral retor da razão prática, isso significa que, apesar da incomensurabilidade, *se pode comparar* as consequências de seguir por uma ou outra das vias - seguir o princípio moral ou evitar o "horror moral catastrófico" - e *decidir racionalmente* em função dessas consequências.

²²⁵⁹ **Petersen**, «How to Compare...», p. 1400.

inspiração kantiana, assenta na ideia de que os direitos são instrumentais à promoção da dignidade humana²²⁶⁰; outra assenta na ideia dos direitos como veículo da criação de igualdade política entre os cidadãos, na medida em que protegem os mais frágeis²²⁶¹.

Esta visão intransigente dos direitos coloca a questão de como resolver as eventuais colisões entre eles.

Regressemos ao coerentismo de HABERMAS: no caso de - apenas aparente - colisão entre normas de direitos não deve haver nenhuma operação de ponderação, mas sim eleição da norma que, entre as aplicáveis *prima facie*, se acomoda melhor à situação de aplicação, descrita da forma mais exhaustiva possível desde todos os pontos de vista relevantes²²⁶². Essa operação hermenêutica desvendará, por um lado, uma norma válida aplicável, *por ser a mais adequada* para o caso, e, por outro, as normas que, embora válidas e candidatas *prima facie* à aplicação, são preteridas, por não serem *adequadas*²²⁶³. Para cada caso o sistema de normas válidas sobre direitos, na sua forçosa coerência^{2264/2265}, gera *uma e uma só solução correta*²²⁶⁶,

²²⁶⁰ *Taking Rights...*, p. 198.

²²⁶¹ *Taking Rights...*, pp. 198-199.

²²⁶² **Habermas**, *Facticidad y validez*..., p. 333.

²²⁶³ *Idem*, p. 334.

²²⁶⁴ A coerência é um dos pontos cardeais do discurso de **Habermas**. A inspiração parece vir diretamente da tese coerentista de **Klaus Günther**. A obra deste citada por **Habermas** tem tradução em língua inglesa: *The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law*, State University of New York Press, Albany, 1993; *idem*, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», in *Doxa*, vol. 17-18 (1995), pp. 274 ss. Sobre isso, **Branco**, *Juízo*..., p. 74; **Pulido**, *El principio de proporcionalidad*..., p. 463. Como este último também nota, a posição de **Günther** é "um tanto insondável", não sendo fácil entender o que significa a posição do autor quando defende o esgotamento ótimo do sentido normativo dos direitos ou bens em colisão sob a consideração de todas as circunstâncias do caso. **Pulido** acha que isso quer dizer o mesmo que a ótima realização de tais direitos mediante o princípio da proporcionalidade. **Dworkin** elabora sobre a noção central de integridade (*integrity*), aparentemente com o mesmo sentido que coerência, embora isso não seja inequívoco: cfr. *Law's Empire*, pp. 186, 243, *passim*. Sobre isso, **Šušnjar**, *Proportionality*..., p. 36; **Rodrigues**, *A Interpretação*..., pp. 42 ss.

²²⁶⁵ Tenha-se em conta que num certo ambiente teórico se distingue entre consistência e coerência (**MacCormick**, **Alexy**, **Peczenik**, **Wintgens**, **Aarnio**). A primeira, aparentemente, refere-se à congruência *lógica* do sistema (ausência de contradições), enquanto a segunda requer algo mais, uma articulação material interna, mutuamente fundamentadora. Todavia, a consistência da própria construção enfrenta dificuldades conceptuais, como o comprova a confrontação dos autores referidos e de outros, como **Guastini**, *La sintassi*..., p. 292, **Zorrilla**, *Conflictos*..., p. 87, ou **Šušnjar**, *Proportionality*..., pp. 35 ss. (com mais referências, mas considerando que a diferença é essencialmente de grau).

²²⁶⁶ **Habermas**, *Facticidad y validez*..., p. 334.

extraída da constituição e não gerada por uma operação de “*negociação*” de direitos pelo juiz, orientada por fins²²⁶⁷.

Outra resposta é a da *ordem lexical*. A escolha entre duas normas constitucionais de direitos idealmente aplicáveis pode-se fazer com recurso a uma ou várias normas de colisão que fixem em abstrato relações de precedência. Da conjugação das normas de colisão extrai-se uma *ordem lexical ou relações de prioridade lexicográfica*²²⁶⁸, completas e integrais, daquelas normas constitucionais. A ordem

²²⁶⁷ *Idem*, p. 327: na hipótese teórica criticada por Habermas “a interpretação do direito vigente transforma-se no negócio de uma *realização de valores*, que os concretiza orientando-se pelo caso concreto” (itálico no original). Por detrás das preocupações metódicas do autor está obviamente uma crítica cerrada ao alegado ativismo judicial do Tribunal Constitucional alemão, baseado numa *Wertekultur*, isto é, na compreensão da Constituição como uma ordem concreta de valores e não como um sistema de regras estruturado por princípios e na *Güterabwägung*. Isso permitiria ao juiz constitucional partir das razões extraídas das normas para realizar uma interpretação, desenvolvimento e configuração do sistema de direitos dependente diretamente dele, no exercício de uma atividade legislativa implícita (*idem*, p. 335).

²²⁶⁸ Não obstante a sua complexidade, e, nalguns pontos, obscuridade, a construção de referência pertence, primordialmente, a **Rawls**, proposta em «The Basic Liberties...», pp. 8 ss., em termos que corrigem e completam alguns dos conceitos da primeira versão de *A Theory of Justice*, publicada 10 anos antes (**Rawls**, *A Theory...*, pp. 42-43; *Political Liberalism...*, p. 294). As liberdades básicas decorrem do primeiro princípio de justiça: “cada pessoa tem um direito igual a um esquema totalmente adequado de liberdades básicas que é compatível com um esquema similar de liberdades para todos” («The Basic Liberties...», p. 5). As liberdades básicas integram uma *lista limitada*, manifestamente inspirada nos *preferred rights* da jurisprudência constitucional norte-americana (incluindo apenas aquelas que são verdadeiramente essenciais: liberdade de pensamento e liberdade de consciência, as liberdades políticas e a liberdade de associação, liberdade e integridade da pessoa e os direitos e liberdades cobertos pela *rule of law*: *ob. cit.* p. 5), possuindo um estatuto prioritário. O autor admite que as liberdades básicas *podem conflitar umas com as outras* (*ob. cit.* p. 8). Também podem conflitar com razões de bem público (referidas às concepções utilitaristas) e valores perfeccionistas (associados às doutrinas do perfeccionismo). Para a superação desses conflitos, o autor distingue entre *restrições* e *regulamentação*. Estas distinções aparecem pela primeira vez no texto que temos vindo a citar, não constando de *A Theory of Justice*. Refletem um esforço de responder a críticas recebidas após a publicação daquela (esforço apenas parcialmente bem sucedido, uma vez que não especifica exatamente as diferenças, limitando-se a citar **Tribe**; além disso, continua a utilizar outros conceitos, como o de limitação ou negação de direitos, igualmente sem definição clara). A resistência das liberdades básicas é diferente em cada um dos casos de conflito. Na sua relação com as razões de bem público e com os valores perfeccionistas, a natureza prioritária das liberdades básicas implica que tenham um *peso absoluto* («The Basic Liberties...», p. 9). Isto determina que o conflito não pode ser resolvido através de restrições das liberdades básicas. Porém, o discurso de **Rawls** em relação a situações concretas de conflito não é totalmente consistente, uma vez que apresenta exemplos de restrição de liberdades básicas com o fim da salvaguarda do que se pode chamar interesses públicos ou coletivos de preservação do funcionamento das instituições democráticas: é o que sucede com a restrição da liberdade de expressão, uma das liberdades básicas (cfr. *ob. cit.* p. 70). Quando as liberdades básicas entram em conflito entre si, as regras institucionais que as definem têm de ser ajustadas, de modo a que formem um esquema *coerente*. No esquema ajustado daí resultante não é exigível que as liberdades básicas sejam todas asseguradas por igual (*ob. cit.* p. 9). O “ajustamento” das liberdades básicas entre si (e em si próprias: “*the basic liberties not only limit one another but they are also self-limiting*”, *ob. cit.*, p. 56) pode ser realizado através de regulamentação, mas também através de restrições. O seu carácter prioritário não impede, nestes casos, que a liberdade básica possa ser restringida (o autor fala

lexical determina que se satisfaça a primeira norma da sequência antes de passar à segunda, a segunda antes de passar à terceira e assim por diante. Uma norma não entra em jogo enquanto as que a antecedem na ordenação, sendo aplicáveis, não estiverem integralmente preenchidas. Uma ordem lexical torna desnecessária a ponderação de normas ou dos bens, interesses ou valores por elas contemplados. As normas antecedentes têm um valor absoluto em relação às subsequentes.

10.2.1.2. Apreciação crítica

Uma primeira nota vai para salientar que, apesar da sua grande influência e atratividade, as idealizações filosóficas de HABERMAS, RAWLS, DWORKIN, FINNIS ou NOZICK se divorciam das realidades constitucionais dos ordenamentos avançados. O ideal de um conjunto reduzido e nitidamente recortado de direitos fundamentais, coincidentes com as chamadas liberdades básicas, não corresponde ao estágio atual do compromisso constitucional, nem é expectável que venha a corresponder²²⁶⁹. A tese da absoluta e irredutível primazia das liberdades básicas perante as *policy* - ou interesses públicos -, quaisquer que sejam as circunstâncias, e, concomitantemente, da sua natureza absoluta, não é alicerçada ou confirmada por nenhuma ordem jurídica positiva, incluindo a norte-americana, apesar de aí as leituras constitucionais dos direitos serem distintas das europeias. Os textos constitucionais e de direito internacional não consideram absolutos a maior parte dos direitos fundamentais, antes fornecem numerosos exemplos de cláusulas que autorizam a sua limitação pelo legislador em prol da prossecução de interesses coletivos primordiais²²⁷⁰. Ora, as constituições e os textos de direitos não fazem mais do que reconhecer e responder a problemas teóricos e pragmáticos que as orientações deontológicas, com os pilares que estudámos (de forma esquemática, admite-se, e negligenciando muitas subtilezas do discurso dos autores invocados), não são capazes de enfrentar com sucesso.

também de limitada ou negada). Nessa operação de ajustamento, o *central range of application* de cada liberdade básica tem sempre de ficar salvaguardado (*ob. cit.*, p. 9).

²²⁶⁹ Assim, Pino, *Derechos...*, p. 233.

²²⁷⁰ Klatt/Meister, *The Constitutional...*, pp. 18 ss.

Convocámos DWORKIN quando quisémos identificar linhas de fundamentação teórica para o absolutismo dos direitos: destacaram-se as ideias de que os direitos são instrumentais à promoção da dignidade humana²²⁷¹ e constituem veículos da criação de igualdade política entre os cidadãos, na medida em que protegem os mais frágeis²²⁷². Todavia, é manifesto que uma pletora significativa de direitos fundamentais não tem uma relação próxima com a ideia de dignidade humana. E há direitos que na realidade interessam mais aos privilegiados do que aos mais frágeis²²⁷³. Por isso, mesmo que alguns traços da conceção deontológica mostrem aderência em relação a certos direitos, ela não vale em relação a *todo e qualquer* direito²²⁷⁴. Como se sustentou anteriormente²²⁷⁵, isso é possível - e desejável -, quanto muito, em relação a um grupo restrito de posições jurídicas subjetivas de natureza fundamental (e, mais do que isso, suprema) que talvez não possa ir além de algumas das que decorrem do direito à vida e poucas mais. E mesmo aí não se foge à necessidade de ponderação: os direitos fundamentais só podem ser considerados absolutos (se puderem e quando puderem) *depois* de um processo de ponderação ter sido cumprido²²⁷⁶.

Vejamos como estas construções se refletem numa hipótese de colisão entre bens, interesses ou valores constitucionalmente ancorados.

Considerem-se duas disposições constitucionais, de que resultam duas normas: *N1* estatui que “o legislador não pode impedir ninguém de se exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela imagem ou por qualquer outro meio” (reconstrução parcial da vertente negativa do artigo 37.º, n.ºs 1 e 2, da CRP); *N2* estatui que “o legislador deve proteger o direito ao bom nome, à reputação e à imagem das pessoas” (reconstrução parcial da vertente positiva do direito ao bom nome, à reputação e à imagem, artigo 26.º, n.º 1, da CRP).

Dos enunciados normativos, no seu mais elevado grau de abstração e indeterminação, não resulta nenhuma colisão. Mas o alto grau de indeterminação

²²⁷¹ Dworkin, *Taking Rights...*, p. 198.

²²⁷² Dworkin, *Taking Rights...*, pp. 198-199,

²²⁷³ Petersen, «How to Compare...», p. 1400

²²⁷⁴ Assim, Petersen, «How to Compare...», p. 1401.

²²⁷⁵ *Supra*, capítulo 10.

²²⁷⁶ Assinalando o ponto, Rivers no «Prefácio» à edição inglesa do *A Theory...*, de Robert Alexy, p. xxxi; Klatt/Meister, *The Constitutional...*, p. 21.

da previsão (implícita) sobre as situações que suscitam a aplicação/cumprimento das respetivas estatuições (isto é, as estatuições “o legislador não pode impedir ninguém de se exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela imagem ou por qualquer outro meio” e “o legislador deve proteger o direito ao bom nome, à reputação e à imagem das pessoas”) permite conceber dois grupos de situações: por um lado, aquelas em que não há colisão (as estatuições podem ser cumpridas sem se anularem mutuamente); por outro lado, aquelas que caem simultaneamente num segmento *parcial* da previsão de ambas as normas, as quais definem consequências ou estatuições incompatíveis²²⁷⁷. Por exemplo, a situação “caricatura de pessoas através de *cartoons* satíricos” é protegida da intervenção do legislador pela estatuição de *N1*; mas recai também na estatuição de *N2*, uma vez que o legislador deve evitar que a “caricatura de pessoas através de *cartoons* satíricos” viole o bom nome, a reputação e a imagem das pessoas.

HABERMAS diria que nessas situações só uma das normas, *N1* e *N2*, é adequada, só uma deve ser aplicada. Todavia, o conceito de norma adequada é obscuro²²⁷⁸ e deixa o decisor desarmado quanto ao critério que deve aplicar para escolher uma norma válida aplicável, *por ser a mais adequada* e para preterir outras normas que, sendo embora válidas e candidatas *prima facie* à aplicação, não são *adequadas*. Não resultando da constituição nenhuma regra de ouro que dirija de forma quase mágica a escolha racional²²⁷⁹, nem norma de colisão que permita concluir com segurança qual a norma adequada no caso concreto, a preferência por uma das normas tem de ser estabelecida por quem tiver a responsabilidade de resolver a colisão, designadamente legislador ou juiz. Ora, querendo retirar os direitos *da negociação do dia a dia*, leia-se, da *ponderação do dia a dia*, corre-se o risco de cair numa negociação mais obscura do que aquela que decorre nos quadros da ponderação ou propõe-se o impossível. Muito provavelmente, a enérgica recusa da *negociação de direitos* através de processos ponderativos apenas atiraria esses mesmos processos ponderativos para a clandestinidade ou os camuflaria sob outro rótulo, como

²²⁷⁷ Em termos coincidentes, **David Duarte**, «Drawing Up Boundaries...», pp. 59 ss.

²²⁷⁸ **Zorrilla**, *Conflictos...*, p. 186.

²²⁷⁹ Veja-se a construção de **Finnis**, «Commensuration...», p.227, da regra de ouro da equidade.

sucede, no fundo, quando se recorre à teoria dos limites imanentes para justificar a interferência em direitos fundamentais²²⁸⁰.

Porém, pode alegar-se que o panorama do parágrafo anterior não é inevitável. A constituição pode explicitar critérios normativos de resolução da colisão. Um exemplo poderia ser a norma de colisão *N3*: “quando *N1* e *N2* colidam em concreto, prevalece *N1*”²²⁸¹. Trata-se da lógica própria de uma ordem lexical: enquanto houver situações e em relação a todas as situações que sejam subsumíveis à previsão de *N1*, não se aplica nenhuma outra norma que não *N1*, quaisquer que sejam as circunstâncias e consequências. E se isto pode suceder para *N1* e *N2* pode suceder para todas as colisões. Ou seja, é concebível um sistema de normas constitucionais de colisão pormenorizadamente descritivas de toda e qualquer situação possível e imaginável, com soluções mais ou menos assimétricas, mais ou menos sensíveis aos contornos de cada caso concreto. O legislador constituinte arcaria com a responsabilidade de antecipar e resolver todas as possíveis colisões através de uma intrincada rede abstrata de meta-normas, ou de regras, exceções e contra exceções, que conformem o âmbito de proteção da norma de direito fundamental e possibilitem uma aplicação categórica, sem ponderação.

Esta hipótese suscita um primeiro comentário: certamente que deste modo se atingiriam altos padrões de coerência e de estrita vinculação do juiz constitucional à constituição; mas um sistema com esta configuração, implicando *sempre* a escolha de uma das normas, com remissão para segundo plano de outras válidas e aplicáveis *prima facie*, incorreria no risco sério de um dos direitos *não ser reiteradamente tomado a sério*, qualquer que fosse a configuração exata da situação.

²²⁸⁰ O paralelismo não é certamente despropositado. A construção de Habermas, em certa medida, pode ser entendida como uma versão sofisticada da teoria dos limites imanentes: cfr. **Pulido, *El principio...***, pp. 459 ss.; **Klatt/Meister, *The Constitutional...***, p. 17. Como se estudou anteriormente (capítulo 9), a teoria dos limites imanentes (*immanenten Beschränkungen*) vê-os como parte da norma constitucional de garantia do direito, sendo revelados simplesmente através da interpretação, sem recurso a qualquer operação de ponderação. O legislador desvenda-os ou regula-os através de leis regulamentadoras, conformadoras ou concretizadoras, não se excluindo o *acesso* à declaração do limite imanente por outras autoridades, administrativas e judiciais. Os limites imanentes obrigam à cedência absoluta ou categorial de um direito, isto é, sem harmonização. A delimitação ou descoberta dos limites imanentes não vale como restrição ao direito. Sucede, porém, que, muitas vezes, mesmo quando se foge à linguagem da ponderação, ela existe, embora esteja camuflada na linguagem da interpretação

²²⁸¹ Admitindo que não é teoricamente inconcebível a existência de uma norma de conflito aplicável a estas situações, **David Duarte**, «Drawing Up Boundaries...», p. 60.

Significativamente, trata-se do exato risco que os críticos da ponderação alegam para a ela se oporem.

Mas, mais decisiva é outra observação: uma solução dessa natureza é virtualmente inexecutável numa sociedade complexa²²⁸². O máximo que se pode admitir é a existência *circumsrita* de regras dessa natureza, por exemplo, através do reconhecimento excecional de *direitos absolutos* suscetíveis de prevalecer sobre todos os demais (como admitimos a propósito do direito absoluto à abstenção de intervenções no direito à vida).

Tudo visto, o recurso (sub-reptício ou declarado) ao exercício que HABERMAS rejeita parece inevitável: ponderação dos bens, interesses ou valores em colisão, de modo a definir em que circunstâncias prevalecem uns e em que circunstâncias prevalecem outros. É essa ponderação que conduz, por exemplo, a que o legislador opte eventualmente pela solução legislativa de determinar que se os autores dos *cartoons* forem cartoonistas profissionais, o direito a exprimir-se através da imagem prevalece em regra, ao invés do que sucede se se tratar de alguém que visa apenas exprimir-se episodicamente, por vingança, sobre um adversário; ou que se a pessoa representada no *cartoon* for o Primeiro-Ministro, o direito a exprimir o pensamento sobre ele através de caricaturas tem mais vigor do que se o visado for um cidadão sem relevância ou exposição pública; ou ainda que se os *cartoons* se limitarem a salientar exageradamente aspetos da fisionomia do visado, o direito a exprimir-se através da imagem tem mais força do que quando se trata de retratá-lo como um animal em situações vexatórias (por exemplo, com corpo de porco em situação de cópula com um magistrado dos tribunais²²⁸³).

É claro que a operação de ponderação será, normalmente, muito mais complexa do que a aqui ensaiada, isto é, terá de atender ao cruzamento de uma rede mais fina de argumentos materialmente justificadores da prevalência de alguns dos bens, interesses ou valores concretamente envolvidos sobre os outros. Mas apenas com estes dados já é possível perceber que o legislador nuns casos poderá dar prevalência aos bens, interesses ou valores protegidos por *N1*, noutros aos de *N2*,

²²⁸² Muzny, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 64 ss.; Petersen, «How to Compare...», p. 1400.

²²⁸³ Como na situação julgada em 1987 pelo *BVerfG*, *Kopulierendes Schwein*, envolvendo Franz Josef Strauss: v. *BVerfGE* 75, p. 369.

inevitavelmente em resultado de uma operação de ponderação e não da estrita subsunção a critérios normativos resultantes da constituição ou de qualquer meta-sistema de valores.

10.2.2. O especificacionismo

Porventura é arriscado abrigar sob a mesma rúbrica e designação construções que vão desde o especificacionismo de autores de língua castelhana, como MORESO, MENDONCA, ZORRILLO e outros²²⁸⁴, adeptos do positivismo metodológico, inspirados no modelo de HURLEY e em alguns contributos conceptuais e lógicos de ALCHOURRÓN e BULYGIN, até ao especificacionismo da constituição negociável de WEBBER, em boa medida influenciado pelo quadro filosófico proposto por FINNIS. Mas há um tronco comum que justifica o tratamento conjunto.

O especificacionismo pretende demonstrar que é possível resolver através do exercício das funções do legislador, (*especificacionismo legislativo*), ou no ambiente judicial (*especificacionismo judicial*), colisões normativas, nomeadamente as que envolvem direitos fundamentais²²⁸⁵, sem recurso à ponderação ou, pelo menos, com lateralização da ponderação, degradada a um mero passo prévio da subsunção²²⁸⁶.

²²⁸⁴ **Moreso**, «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism», *cit.*; **Zorrilla, Conflictos...**, *cit.*; *idem*, «Alternativas...», *cit.*; **Mendonca, Los derechos...**, *cit.* O "especificacionismo" (*specificationism*: cfr. **Gardbaum**, «Proportionality...», p. 269), como expressão mais recente das chamadas teorias internas, é também a tese central de autores como **Webber** (*The Negotiable Constitution*, *cit.*).

²²⁸⁵ Por norma exemplificados através da colisão entre a liberdade de expressão, informação ou imprensa e o direito à honra no contexto constitucional espanhol (**Moreso**, «Conflictos...», p. 826; **Zorrilla, Conflictos...**, pp. 265 ss.), o que suscita a dúvida sobre a sua adaptabilidade a outras colisões: v. **De Fazio**, «Sistemas normativos...», p. 200.

²²⁸⁶ **Moreso**, «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism», *cit.*; **Zorrilla, Conflictos...**, *cit.*; *idem*, «Alternativas...», *cit.*; **Mendonca, Los derechos...**, *cit.*; **Maribel González Pascual**, *El tribunal constitucional...*, *cit.* Para um debate crítico recente, v. **De Fazio**, «Sistemas normativos...», *cit.*

10.2.2.1. Constituição negociável: o especificacionismo legislativo

10.2.2.1.1. Apresentação

Sobre a tese da constituição negociável²²⁸⁷ bem se pode dizer que propõe a verdadeira quadratura do círculo: mantém-se fiel à teoria dos direitos absolutos e refuta a necessidade de ponderação no contexto do princípio da proporcionalidade clássica, mas foge aos cânones mais tradicionais das ordens lexicais ou dos limites imanentes, tal como expostos nos números anteriores. Em pano de fundo deixa um discurso crítico da atribuição ao juiz constitucional de um papel alegadamente usurpador da posição do legislador.

O primeiro contributo para a delimitação do âmbito e conteúdo de um direito²²⁸⁸ cabe ao legislador constituinte ou ao autor da carta de direitos. Mas, mesmo assim, o direito fica presumivelmente envolto num véu de indeterminação. Onde termina a possibilidade de *interpretação* da constituição começa o espaço do legislador, a quem cabe a tarefa de *construção do significado* que a constituição deixa em aberto²²⁸⁹. Ao legislador compete a especificação do conteúdo do direito, através de exercícios de argumentação prática. Assim, define, por exemplo, se a liberdade de expressão compreende calúnia, difamação, queima da bandeira, pornografia, obscenidade, perjúrio, discursos racistas e de ódio, negação do holocausto, propaganda comercial, gritar "fogo" numa sala de cinema, etc., mas também outros aspetos estruturais, subjetivos, objetivos e deônticos. Isto implica um laborioso processo de pormenorizada especificação de *tudo o que fica coberto* e do que *não fica coberto* pelo direito, realizado de forma *abstrata* e *a priori* de qualquer episódio de aplicação concreta. Trata-se de uma atividade *constitutiva* do legislador, que envolve *escolhas, assistidas e não determinadas* pela razão prática²²⁹⁰.

²²⁸⁷ Webber, *The Negotiable...*, cit; idem, «Proportionality, Balancing...», cit.

²²⁸⁸ Webber, *The Negotiable...*, p. 124, desenrola ainda outras expressões alternativas, como fronteira, confinamento, linha de demarcação, perímetro, circunscrição ou definição.

²²⁸⁹ Webber, *The Negotiable...*, p. 161.

²²⁹⁰ Webber, *The Negotiable...*, p. 137.

As interpretações das cláusulas de limites espalhadas pelas constituições e pelas cartas de direitos que veem esses limites como fundamento para o estabelecimento de limitações entendidas como restrições do direito são consideradas erróneas²²⁹¹. Contudo, como qualquer especificação justificável do direito - pelo legislador - varia de acordo com o tempo, lugar e circunstâncias e tudo o mais que afete o bem de cada membro da comunidade, não se pode conceber um direito irreflexivo do universo político-moral²²⁹². A especificação de um direito não é estática, estando sujeita a reponderações da delimitação quando os contextos são reavaliados²²⁹³. Esta reavaliação do conteúdo dos direitos não resulta de processos casuísticos de otimização - através da modelação do conteúdo do direito à luz de interesses competidores -, mas sim de processo de revisão das fronteiras do direito, subordinados à visão criativa da política. Este processo de constante *construção* do sentido dos direitos pelo legislador (e não pelos tribunais), permitindo-lhes permanecer como absolutos²²⁹⁴, é uma das manifestações da *constituição negociável*²²⁹⁵.

A conceção dos direitos absolutos negociáveis vê os limites como *constitutivos* do próprio direito, não lhe sendo impostos a partir do exterior e resultando de delimitação ou especificação construtiva do direito, através de operações de argumentação racional²²⁹⁶. Para a tese dos direitos absolutos negociáveis, os direitos são uma *conclusão* - e não um ponto de partida ou uma premissa - do processo de argumentação prática.

Uma vez o direito propriamente definido, isto é, uma vez delimitado, contemplando todas as razões morais e políticas que incidam sobre o que os direitos requerem de nós e dos outros numa sociedade livre e democrática, não está sujeito nem a restrições nem a otimização²²⁹⁷, é absoluto, insuscetível de exceções²²⁹⁸. Nesta perspetiva, um direito consiste na pretensão de excluir, de se sobrepor ou de ser

²²⁹¹ Webber, *The Negotiable...*, p. 124.

²²⁹² Webber, *The Negotiable...*, p. 139.

²²⁹³ Webber, *The Negotiable...*, p. 144.

²²⁹⁴ Webber, *The Negotiable...*, p. 145.

²²⁹⁵ Webber, *The Negotiable...*, p. 167.

²²⁹⁶ Certeiraamente crítico em relação a este aspeto, Gardbaum, «Proportionality...», pp. 280 ss.

²²⁹⁷ Webber, *The Negotiable...*, p. 117.

²²⁹⁸ Webber, *The Negotiable...*, pp. 141 ss.

imune a algum interesse competidor ou pretensão de uma ou de várias outras pessoas²²⁹⁹.

Em todo este discurso perpassa uma enérgica denúncia de um modelo alegadamente capturado pela *judicial review* e pelo ativismo judicial. Aos juízes deve caber apenas *interpretar*, não *construir*. Os juízes não são protagonistas salientes da constituição negociável. Quando a mudança constitucional é protagonizada pelo poder judicial, o princípio democrático é desrespeitado, porque os cidadãos não participaram na mudança e ficam sujeitos a regras, processos e instituições que não dependem da sua escolha²³⁰⁰.

10.2.2.1.2. Apreciação crítica

A construção da constituição negociável enfrenta várias dificuldades. Algumas denunciam a sua incapacidade de funcionar como alternativa a uma teoria dos direitos que coloque num lugar central o princípio da proporcionalidade. Referiremos: (i) a impossibilidade do desempenho hercúleo de especificação do direito; (ii) a incapacidade de explicar como se chega à definição do âmbito e conteúdo; (iii) a insusceptibilidade de aderência ao direito positivo, constitucional e convencional; (iv) a contradição dos termos entre absoluto e negociável.

Primeiro, deposita no legislador a responsabilidade de especificar o âmbito e conteúdo dos direitos, de forma constitutiva e criativa, independentemente de aplicações concretas, definindo exaustivamente, sem deixar qualquer espaço criativo ao juiz, nem qualquer fissura, todo e qualquer episódio de aplicação do direito, apenas ancorado no exercício da razão prática. Mas essa é uma tarefa de um legislador Hércules e não de um legislador real.

Segundo, não explica como é possível especificar o âmbito e o conteúdo do direito sem recurso a operações de ponderação dos bens, interesses ou valores envolvidos. Admita-se que o legislador, de forma abstrata, ou o juiz, num caso concreto, consideram que o direito de propriedade não abrange a possibilidade de impedir

²²⁹⁹ É feita referência a **Finnis**, «A Bill of Rights for Britain?», p. 318.

²³⁰⁰ **Webber**, *The Negotiable...*, p. 52.

alguém de arrombar a porta de uma cabana na montanha para se proteger de uma tempestade que põe em risco a sua vida²³⁰¹. Em contrapartida, consideram que abrange a possibilidade de esse alguém ser impedido de entrar na edificação simplesmente para disfrutar o prazer de dormir uma noite na montanha. Como é que podem chegar a essa solução a não ser através da ponderação dos bens, interesses ou valores relevantes, conferindo, no primeiro caso, maior peso a um (a vida sobre a propriedade) e, no segundo, maior peso a outro (a propriedade sobre o interesse lúdico)? Sendo certo que o direito pode ter um conteúdo ou núcleo essencial definido pela constituição, insuscetível de restrição ou de ponderação pelo legislador (é erróneo pensar que o princípio da proporcionalidade inviabiliza essa possibilidade²³⁰²), não se vê como é que, fora desse conteúdo essencial, que se deve entender diretamente ancorado na constituição, se pode definir o conteúdo e âmbito de direitos em colisão com outros interesses sem recurso a ponderação dos bens, interesses e valores envolvidos.

Terceiro, é fútil o esforço para demonstrar que as cláusulas de limitação ou de restrição de direitos, geralmente gravadas nas principais constituições e cartas de direitos nacionais e internacionais, são cláusulas que conferem ao legislador o poder de especificar os direitos previstos de forma indeterminada e não o poder de limitar ou restringir as possibilidades que *antecedentemente* se entende que estão abrangidas pelo âmbito e conteúdo do direito²³⁰³. Esse esforço esbarra irremediavelmente com o texto, com a interpretação e com a aplicação sistematicamente associadas às cláusulas de limites.

Finalmente, quarto, apesar de a expressão direitos *absolutos negociáveis* não ser empregue por WEBBER, ela expressa apropriadamente a insanável contradição que a sua tese encerra. A noção de direitos absolutos não se compatibiliza com a possibilidade de permanente negociação e mutação do respetivo conteúdo. Direitos negociáveis, no quadro parlamentar, são direitos *relativizados* pela negociação e pelas maiorias circunstanciais. Invocando a desejabilidade de subtrair os direitos à tirania desconstrutiva da proporcionalidade, a tese ora discutida atribui aos direitos valor *nominal* absoluto, mas condena-os à dinâmica de negociação do dia a dia no

²³⁰¹ Um dos exemplos apresentado por **Webber, *The Negotiable...***, p. 129.

²³⁰² Cfr. capítulo 10.

²³⁰³ Cfr. **Webber, *The Negotiable...***, pp. 133 ss.

volúvel quadro parlamentar. Isso torna-os mais relativos e mais instáveis do que aquilo que qualquer versão da proporcionalidade realmente aplicada, particularmente na Europa, arriscaria. Do ponto de vista dos valores democráticos, é meritória a procura de novos equilíbrios entre legislador e juiz constitucional. Todavia, não parece que isso se possa fazer transigindo com um ambiente de permanente negociação do conteúdo dos direitos que os deixe à mercê de qualquer maioria historicamente datada²³⁰⁴, convivendo com um juiz constitucional remetido ao papel de "*la bouche qui prononce les paroles de la loi*"²³⁰⁵, mero piloto de uma *mechanical jurisprudence* (POUND).

10.2.2.2. O especificacionismo na versão de Moreso e outros

10.2.2.2.1. Apresentação

Esta construção reivindica a virtude de oferecer um mecanismo de controlo racional da aplicação de princípios e de evitar o particularismo - isto é, o apego excessivo às particularidades do caso concreto - que construções como a de ALEXY alegadamente implicam, garantindo a adesão e referência das decisões judiciais a uma pauta geral²³⁰⁶.

A estratégia é reduzir o alcance dos princípios para conservar a sua força²³⁰⁷. Nesse quadro, a ponderação é simplesmente a operação que permite passar dos princípios (entendidos como pautas com previsão aberta) a regras (pautas com

²³⁰⁴ E o perigo das maiorias sem controlo não foi erradicado nas democracias. Por exemplo, a revisão constitucional húngara de 2013 introduziu maior controlo da liberdade religiosa, institui o casamento heterossexual como única forma aceitável de formação familiar e restringiu a atuação das instituições independentes do Governo. Algumas das demais alterações visam graves restrições dos direitos e condicionam o Tribunal Constitucional húngaro.

²³⁰⁵ Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, 1777, Liv. XI, Cap. VI ("*les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*").

²³⁰⁶ Moreso, «Conflictos...», p. 825.

²³⁰⁷ Moreso, «Conflictos...», p. 826.

previsão fechada), suscetíveis de subsunção²³⁰⁸. Tal como HURLEY²³⁰⁹, embora sem coincidência total, apontam-se cinco etapas: (i) delimitação do problema normativo ou universo do discurso (ud); (ii) identificação dos quadros normativos colidentes aplicáveis *prima facie*; (iii) consideração de casos paradigmáticos, reais ou hipotéticos, que resolvem consensualmente e de forma óbvia colisões sobre a matéria referente ao âmbito normativo identificado no primeiro passo; (iv) estabelecimento das propriedades relevantes do universo do discurso, tendo em conta os casos paradigmático; (v) inferência (dos casos paradigmáticos) das regras que resolvem de modo unívoco todos os casos do universo do discurso²³¹⁰. Fixadas estas regras, é possível aplicá-las no futuro aos casos típicos, através de subsunção.

10.2.2.2.2. Apreciação crítica

Não é clara a metódica, o objeto e a exata localização da ponderação nesta conceção. Por outro lado, a dificuldade de justificar a progressão de uma etapa para a seguinte é semelhante à que se aponta ao particularismo, seja ela imputável ao subjetivismo ou a outra coisa. Acresce que ao particularismo são feitas concessões significativas: as especificações do âmbito normativo do princípio realizadas com a criação de regras são sempre superáveis por *defeaters* e sobre estes não é possível estabelecer à partida um critério exaustivo de relevância que garanta que a regra considerada aplicável possa ser aplicada sem consideração de todas as especificidades do caso concreto²³¹¹. Isso demonstra que a possibilidade de especificar regras a partir dos princípios pode eventualmente contribuir para o reforço da formalização da deliberação prática, acentuando o seu sentido universalizável²³¹², mas em nenhum

²³⁰⁸ **Moreso**, «Conflictos...», p. 826.

²³⁰⁹ Cfr. *infra*, n.º 11.3.2.

²³¹⁰ **Moreso**, «Conflictos...», pp. 826-827.

²³¹¹ **Moreso**, «Conflictos...», p. 829. Crítico, **Maldonado**, *La proporcionalidad*, p. 93, advertindo para a não maneabilidade de um complexo sistema de regras e exceções em permanente revisão e alteração. Diferentemente, porém, **Zorrilla**, *Conflictos...*, pp. 257 ss., procurando demonstrar que é possível uma matriz fechada, exaustiva e completa, com soluções genéricas para todos os tipos de casos genéricos concebíveis. Nesta petrificação parece ir além da própria **Susan Hurley**, que constitui alegadamente a sua matriz: neste sentido, **De Fazio**, «Sistemas normativos...», p. 212.

²³¹² Podendo, aliás, alegar-se que isso decorre inclusive da construção original do próprio **Alexy** quando fala de uma rede de regras produto da ponderação: cfr. *Teoria...*, 2.ª ed., p. 495.

momento afasta definitivamente a necessidade de ponderação (e de novas ponderações) como instrumento metódico da especificação da regra de decisão finalmente aplicável nas circunstâncias concretas²³¹³.

11. A ponderação como forma institucionalizada de razão

11.1. A distinção entre (in)comensurabilidade e (in)comparabilidade

Para a viabilidade de algumas expressões de consequencialismo (como as avaliações *custo-benefício* e as variadas formas de *utilitarismo*), a comensurabilidade é vital. Sem comensurabilidade dos atributos ou propriedades, o seu projeto teórico não é pragmaticamente realizável. A alegação e demonstração da incomensurabilidade dos atributos ou propriedades que são objeto de deliberação atingem seriamente aquelas expressões de consequencialismo.

Todavia, para a realização das ponderações inerentes à necessidade (quando exigidas) e à proporcionalidade e.s.e. tem sido afirmado que a comensurabilidade não é indispensável²³¹⁴. Em contrapartida, é requerida alguma fórmula de comparabilidade entre os fatores a contrastar e a ponderar. Mesmo que (ao contrário do que sustentam as teses comparativistas) possa haver situações de escolha não comparativas²³¹⁵, a necessidade e a proporcionalidade e.s.e. requerem comparação (de meios alternativos, de efeitos), o que pressupõe, forçosamente, a comparabilidade.

Todavia, a distinção entre (in)comensurabilidade e (in)comparabilidade não é incontroversa. Como vimos, alguns, como RAZ, não as distinguem, considerando-as sinónimas²³¹⁶. Aliás, a distinção entre (in)comensurabilidade e (in)comparabilidade está ausente da generalidade das construções apresentadas

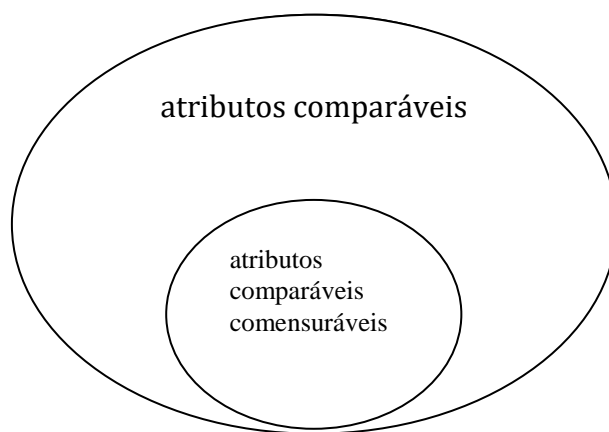
²³¹³ Coincidente, **De Fazio**, «Sistemas normativos...», p. 221.

²³¹⁴ Aliás, como veremos *infra*, pode até discutir-se se a proporcionalidade e.s.e é aplicável em situações de comensurabilidade, isto é, em situações em que as grandezas e as opções conflituais são suscetíveis de medição através de uma única escala métrica.

²³¹⁵ V. a refutação em **Chang**, «Introduction», pp. 8 ss.

²³¹⁶ **The Morality...**, capítulo 13; **Pannacio**, «In Defense of Two-Step...», p. 118.

nos números anteriores. Por isso há que avaliar a viabilidade teórica de um conceito de comparabilidade *mais amplo* que o conceito de comensurabilidade²³¹⁷. Isto seria representado da forma seguinte:



Conforme esta imagem gráfica mostra, todos os atributos ou propriedades comensuráveis seriam comparáveis, mas nem todos os atributos ou propriedades comparáveis seriam comensuráveis.

Para aquela viabilidade teórica contribui significativamente a reflexão de RUTH CHANG. Embora não verse especificamente a teoria e a metódica da ponderação, a sua construção sobre a distinção entre (in)comensurabilidade e (in)incomparabilidade²³¹⁸ é invocada por jusfilósofos, jusconstitucionalistas e teóricos da proibição do excesso para sustentar a racionalidade e objetividade da ponderação em situações de incomensurabilidade²³¹⁹.

O contexto filosófico em que CHANG discorre é o do debate sobre a existência de alternativa entre situações de escolha comparativa e não comparativa. Nas situações de escolha comparativa, para justificação da escolha é necessária a comparação das

²³¹⁷ Isto é, de encarar a comensurabilidade como uma forma de comparabilidade: cfr. **Boyle**, «Free Choice...», p. 123.

²³¹⁸ Sendo certo que a abordagem de **Chang** («Introduction»; *idem*, «Incommensurability...») sobre essa distinção não é a primeira nem a única. O tema da comparabilidade já tinha sido ventilado por outros autores; cfr. **Sinnott-Armstrong**, *Moral Dilemmas*, cit. (*apud Mather*, «Law-making...», p. 347).

²³¹⁹ Por todos, **Virgílio Afonso da Silva**, «Comparing the Incommensurable...».

alternativas tendo em conta o valor relevante ou valor de escolha (*choice value*)²³²⁰. Nas situações de escolha não comparativa não seria esse o caso. Ora, a autora adere a uma tese essencialmente *comparativista*, uma vez que a "comparação de alternativas é necessária para a justificação de escolha"²³²¹. A incomparabilidade de alternativas colocaria uma ineliminável ameaça para a justificação prática²³²². Uma das dimensões analíticas da tese de CHANG é a distinção entre (in)comparabilidade e (in)comensurabilidade. Para isso recorre ao critério da possibilidade, ou não, do uso de escalas cardinais ou ordinais. *Comensurabilidade* define-se como possibilidade de estabelecimento de um *ranking* cardinal entre atributos ou propriedades ou portadores de atributos ou propriedades; *comparabilidade* define-se como a possibilidade de um ranking ordinal²³²³. Incomensurabilidade e incomparabilidade definem-se de forma reversa. A comparação – ao invés da comensuração – não requer o emprego de uma escala de unidades de valor que permita a medição precisa em termos cardinais²³²⁴. Diferentemente do que se passa com a comensuração, o resultado da comparação não tem de ser uma resposta quantificada. Uma alternativa que realiza um bem, interesse ou valor pode ser racionalmente entendida como melhor que outra, sem que o “melhor” se meça através de um intervalo ou de um *ratio* quantificados²³²⁵. Na comparação entre alternativas não tem de se responder “quanto melhor?”, mas sim “melhor de que forma?” ou “melhor até que ponto?”²³²⁶. Os atributos ou

²³²⁰ Chang, «Introduction», p. 7.

²³²¹Notando alguns que se a incomensurabilidade de valores e opções é comum, a genuína incomparabilidade de alternativas é rara ou mesmo virtualmente inexistente: Scharffs, «Adjudication...», pp. 1394, 1398, 1406.

²³²² Chang, «Introduction», p. 13.

²³²³ Chang, «Introduction», p. 2; «Incommensurability...», pp. 2598-2599. Outras propostas: Adler, «Law and Incommensurability...», p. 1170: "duas opções são incomparáveis se é falso que uma opção é melhor que outra ('melhor' à luz dos critérios normativos relevantes para a escolha entre as duas) e se é falso que uma é pior que a outra, mas também falso que as duas são igualmente boas". Por seu turno, Scharffs, «Adjudication...», p. 1393, propõe que se evite o recurso a critérios normativos que permitam dizer se uma opção é melhor ou pior. Basta que uma opção seja mais ou menos qualquer coisa: "A e B são incomparáveis se A não tem nada em comum com B que possa ser medido em termos de mais ou menos".

²³²⁴ Chang, «Introduction», p. 1.

²³²⁵ *Idem*, p. 2; «Incommensurability...», p. 2598.

²³²⁶ Chang, «Introduction», p. 18.

propriedades comparados, ou os portadores deles, podem ser hierarquizados como primeiro, segundo, terceiro e assim por diante, sem recurso à quantificação. Ou um deles pode ser considerado melhor que o outro por referência a uma unidade imprecisa ou a um espectro aproximado de valores cardinais²³²⁷.

Dois itens são incomparáveis se não for possível estabelecer uma relação positiva (isto é, reportada à forma como o mundo é) de valor entre eles²³²⁸. Uma relação positiva de valor materializa-se através de valores de cobertura (*covering values*), ou *tertium comparationis*, que sejam concretamente relevantes para o episódio deliberativo. Os valores de cobertura podem não ser suscetíveis de medição quantitativa ou de comensuração, como sucede com a generosidade, a amabilidade, a desonra, a crueldade, o cumprimento das obrigações, a coragem, a beleza e outros²³²⁹. Quanto menos vagos ou mais precisos os valores de cobertura, mais fácil a comparação²³³⁰. Os valores de cobertura podem ser complementados/densificados por valores contribuintes (*contributory values*)²³³¹. A não redutibilidade da relação entre valores a uma quantificação torna mais provável a ausência de acordo entre agentes razoáveis sobre os resultados da comparação. Contudo, para haver comparabilidade e comparação não é essencial que pessoas razoáveis cheguem a um mesmo resultado²³³².

Da incomparabilidade deve distinguir-se a *não comparabilidade*. A não comparabilidade verifica-se em situações que normalmente a razão prática não nos leva a comparar, com vista a escolher: por exemplo, entre o sabor do número quatro e dos sonhos ou entre a capacidade de uma lâmpada e de uma janela para a função primeiro-ministro. Na não comparabilidade não é possível identificar em nenhuma das opções um valor de cobertura relevante para a deliberação. Na

²³²⁷ Chang, «Incommensurability...», p. 2598.

²³²⁸ Chang, «Introduction», p. 4.

²³²⁹ Chang, «Introduction», p. 5; «Incommensurability...», p. 2599; Virgílio Afonso da Silva, «Comparing the Incommensurable...», p. 284.

²³³⁰ Virgílio Afonso da Silva, «Comparing the Incommensurable...», p. 284.

²³³¹ Chang, «Introduction», p. 5.

²³³² Virgílio Afonso da Silva, «Comparing the Incommensurable...», p. 283.

incomparabilidade o valor de cobertura existe numa das opções mas não na outra²³³³.

Relevante para a iluminação de alguns aspetos da construção teórica da proporcionalidade e.s.e. (e também da necessidade) é a tese da *quarta relação de valor*. Como se viu, as definições de comensurabilidade normalmente referem-se à possibilidade de estabelecer uma de *três* relações: A mais ou maior que B, B mais ou maior que A, A e B iguais. Ora, quando se diz que A e B têm um valor igual, postula-se um valor *exatamente* igual. É aquilo que se pode designar a tese da tricotomia. CHANG considera a tricotomia insuficiente e acrescenta uma quarta hipótese de relação positiva de valor: aproximada, paritária ou *mais ou menos igual* ou vagamente igual (*rough equality, on a par*)²³³⁴.

Não sendo este o espaço para tomar posição sobre o debate filosófico, pode sem embargo dizer-se que a quarta relação positiva de valor - paridade ou igualdade aproximada - nada acrescenta em relação aos traços consensuais da teoria da proibição do excesso²³³⁵, designadamente no que se refere aos segmentos da necessidade e da proporcionalidade e.s.e.²³³⁶. Na proporcionalidade e.s.e., a comparação entre *covering values* visa apreciar uma relação entre pelo menos duas magnitudes A e B. Dadas as circunstâncias, só raramente será possível dizer *com precisão* ou *rigorosamente* que uma das magnitudes contrapesadas é maior, menor ou igual que as demais. Normalmente, há apenas condições cognitivas propícias para se dizer que uma é *aproximadamente* maior ou menor ou que ambas são *mais ou menos* iguais. Diz-se que há empate ou paridade entre A e B quando A e B são precisamente ou mais ou menos (*aproximadamente*) iguais. A tricotomia apropriada para a proibição do excesso tem esta configuração. Esta tricotomia torna fútil uma quarta relação de valor porque todas as três relações de valor admitem a ideia de

²³³³ Chang, «Introduction», pp. 27 ss.; «Incommensurability...», p. 2560.

²³³⁴ Chang, «Introduction», pp. 26-27; «Incommensurability...», p. 1597. A proposta da autora é aceite, por exemplo, por Mather, «Law-making...», p. 349. Virgílio Afonso da Silva, «Comparing the Incommensurable...», p. 296, utiliza as expressões *parity* ou *rough equality*, equivalentes a empate (*stalemate*).

²³³⁵ Virgílio Afonso da Silva, «Comparing the Incommensurable...», p. 293, defende que a possibilidade de *parity* ou de *rough equality* permite conceber mais do que uma solução correta, isto é, uma série de soluções corretas, entre as quais o legislador pode escolher.

²³³⁶ Sobre a necessidade, v. capítulo anterior, 7.3.

relação precisa ou aproximada de valor. A justificação desta “folga” quanto ao resultado da comparação pode derivar de um ou vários fundamentos: de natureza ontológica (vaguidade ou indeterminação dos próprios bens, interesses ou valores), epistémica (incapacidade de conhecimento completo de quem procede à comparação) ou metodológica (critério de comparação utilizado)²³³⁷.

Vejamos como isto se reflete no exemplo de ALEXY sobre os avisos preventivos nos maços de tabaco²³³⁸.

Admitamos que é possível dizer que na situação 1 os efeitos da norma legislativa que obriga à inscrição de avisos de perigo para a saúde com a dimensão de 5x2cm são efeitos de satisfação do direito à saúde (efeitos A) *leves* e efeitos de interferência na liberdade de iniciativa económica (efeitos B) também *leves*. Uma interpretação rigorista da tese da tricotomia só aceitaria a igualdade de A e B se pudesse afirmar-se que A e B são *precisamente iguais*. Ora, essa interpretação rigorista não tem lugar na metódica da proibição do excesso. Para que se possa dizer que A e B são igualmente pesados ou importantes basta poder dizer-se que são ambos mais ou menos leves, isto é, que são *aproximadamente igualmente pesados*. É esta leitura que justifica que se possa continuar a dizer que A e B são mais ou menos igualmente pesados numa situação 2 em que é obrigatório que o aviso inscrito nos maços de tabaco tenha a dimensão de 5x 2,1cm, ou 5,1x2,1cm, em vez de 5x2cm. Admite-se que a obrigação de aposição do aviso sofre um (ligeiro) agravamento e que a satisfação do direito à saúde consegue um ligeiríssimo progresso (se algum conseguiu...). No entanto, a “banda larga” do critério “*mais ou menos*” permite continuar a dizer que os efeitos A são leves e os efeitos B também, persistindo o *empate*, não obstante a circunstância de haver diferenças entre as duas situações. Esta conceção tem consequências significativas sobretudo na medida em que se entenda que o legislador goza de liberdade de conformação judicialmente insindicável nas situações em que há equivalência de peso entre os efeitos de

²³³⁷ Sobre isto, v. a discussão em **Virgílio Afonso da Silva**, «Comparing the Incommensurable...», pp. 295-296.

²³³⁸ V., também, uma adaptação do exemplo de **Alexy** em **Virgílio Afonso da Silva**, «Comparing the Incommensurable...», p. 296.

satisfação de bens, interesses ou valores e os efeitos de interferência²³³⁹. O alargamento das possibilidades destas situações tem direta influência no alargamento da liberdade de conformação do legislador. Numa situação de empate, o legislador pode concluir que nem a intensidade da satisfação do interesse de proteção da saúde, nem o direito à não interferência na liberdade de exercício da iniciativa económica privada com aquela intensidade apresentam a seu favor razões que lhes permitam reivindicar maior peso na equação ponderativa concreta. Consequentemente, o legislador tem liberdade de conformação, ou seja, pode enveredar por uma opção de política legislativa que satisfaça o interesse à proteção da saúde ou por uma opção de política legislativa que não interfira na liberdade de iniciativa económica privada²³⁴⁰.

11.2. As condições operacionais de ponderação

No campo do direito, a exigência de deliberações em situações de incomensurabilidade é incontornável. Em domínios como a aplicação de sanções e penas, a apreciação da responsabilidade civil ou a atribuição de indemnizações, tal constitui a regra²³⁴¹. A demonstração de que refutabilidade não é o mesmo que irracionalidade ou subjetivismo²³⁴² é crucial sob o ponto de vista da própria legitimação da ordem estabelecida²³⁴³.

²³³⁹ Trata-se da situação que, neste domínio, por influência de **Alexy**, se convencionou designar por empate (*stalemate*). Esta situação de empate, assim configurada, provocaria o alargamento da gama de soluções virtualmente corretas e geraria uma maior margem de conformação do legislador. **Virgílio Afonso da Silva**, «Comparing the Incommensurable...», p. 295, defende que a ideia de *rough equality* encontra lastro no próprio pensamento de **Alexy**.

²³⁴⁰ Refutando a verdadeira possibilidade de "empates" e da concomitante liberdade estrutural de conformação, **Šušnjar**, *Proportionality...*, pp. 265-266.

²³⁴¹ **Endicott**, «Proportionality and Incommensurability», pp. 14 ss.; **Scharffs**, «Adjudication...», p. 1383.

²³⁴² Por todos, **Alexy**, «The Construction of Constitutional...», p. 32: "contestabilidade não implica irracionalidade. Se assim fosse, não só a ponderação mas todo o raciocínio jurídico seria na sua maior parte irracional (...). Justificabilidade, apesar de não poder ser identificada com comprovatividade, implica racionalidade e, com ela, objetividade, entendida como situando-se entre a certeza e a arbitrariedade."; no mesmo sentido, **Sartor**, «A Sufficientist Approach...», p. 25.

²³⁴³ O debate sobre a possibilidade de objetividade da interpretação e dos juízos jurídicos, das decisões judiciais e do pensamento jurídico em geral tem revelado inúmeras escolas e teses. Sobre isso, v., por todos, **Postema**, «Objectivity Fit for Law», *cit.*, e **Šušnjar**, *Proportionality...*, pp. 17 ss.

Contudo não basta mostrar que se pode distinguir conceptualmente entre (in)comensurabilidade e (in)comparabilidade. A ponderação necessita também de transportar consigo uma metódica com exigências que transmitam ao processo deliberativo traços de racionalidade e objetividade. Eis algumas: (i) o raciocínio deve ser reflexivo e deliberado; (ii) não devem ser negligenciados factos relevantes conhecidos; (iii) as conclusões devem ser baseadas em premissas ou razões; (iv) o raciocínio não deve violar as regras da lógica (v) e deve resultar de circunstâncias que não sejam peculiares ao próprio decisor. Desse modo, deve alcançar-se uma deliberação minimamente intersubjetiva e suscetível de ser sujeita a critérios de validade, podendo ser objeto de um juízo de correção²³⁴⁴.

A materialização destas exigências coloca necessariamente a questão da definição de metodologias que assegurem a *formalização, modelização ou standardização* da ponderação.

11.3. A adoção de uma metódica formalmente racionalizadora da ponderação

As duas propostas de formalização da ponderação mais estudadas são a da teoria dos princípios (reportada à proporcionalidade e.s.e.) e a da ponderação coerente. Os modelos destas duas propostas aparecem por vezes como alternativos, mas podem ser vistos como complementares, assegurando o segundo elementos de formalização e de universalização suplementares²³⁴⁵.

Para efeitos deste estudo interessa sobretudo o modelo da proporcionalidade e.s.e. tal como desenvolvido no contexto da teoria dos princípios. ALEXY é visto como o mais eloquente opositor da tese de que a ponderação equivale a “subjetividade”,

(com mais referências), com quem coincidimos no essencial na adesão à tese da possibilidade de objetividade e na crítica ao ceticismo. Para as perspetivas críticas e céticas, pode ver-se **Derrida**, «Force of Law...», *cit.*; **Ladeur**, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik...*, *cit.*

²³⁴⁴ Entre muitos, usamos como referência os contributos de **Mather**, «Law-making...», p. 356, e **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 24.

²³⁴⁵ V. **De Fazio**, «Sistemas normativos...», p. 201.

“decisionismo”, “arbitrariedade”, “irreflexão”²³⁴⁶. Justifica-se, portanto, a apresentação e apreciação crítica do seu pensamento com alguma detença. Faremos também algumas alusões ao modelo de *coherentist deliberation* de HURLEY.

11.3.1. Teoria dos princípios: demonstração da racionalidade da ponderação através de um algoritmo matemático

Entre as bases teóricas que sustentam a construção de ALEXY, avultam três: (i) os juízos que têm maior significado para o Direito Constitucional são os juízos comparativos de valor²³⁴⁷; (ii) a possibilidade de, pelo menos, dois juízos incompatíveis serem justificados sem que seja violada qualquer regra de racionalidade prática²³⁴⁸; (iii) a possibilidade de a deliberação prática racional ser compatível com situações de dialética entre objetividade e subjetividade, uma vez que em caso de divergência razoável, os juízos divergentes são objetivos, na medida em que são compatíveis com as regras da razão prática, mas também subjetivos, na medida em que dependem das pessoas que os defendem²³⁴⁹.

Em diálogo com quem contesta a racionalidade da ponderação, ALEXY defende que ela é justamente a explicitação da ideia de racionalidade e representa a essência da racionalidade²³⁵⁰. A ponderação é realmente a manifestação paradigmática da deliberação racional. Um modo de o demonstrar é a redução do modelo de ponderação *intuitivamente* seguido pelo juiz constitucional a um modelo

²³⁴⁶ Isto é reconhecido mesmo por quem critica o seu contributo nesse domínio: v. **Moreso**, «Alexy y la aritmética...», p. 69; **Sieckmann**, «Balancing...», p. 101; **Meyerson**, «Why courts should not balance...», p. 807; **Jestaedt**, «The Doctrine of Balancing...», p. 152; **Šušnjar**, *Proportionality*..., p. 245; **Pino**, *Derechos*..., pp. 210 ss.

²³⁴⁷ **A Theory**..., p. 92. A relação com a distinção entre (in)comensurabilidade e (in)comparabilidade, tal como apresentada por **Chang** e outros, é, por exemplo, explicitamente aceite em «The Reasonableness...», p. 11: "comparabilidade (...) não pressupõe uma unidade comum de medida, apenas requer um ponto comum de comparação. Nas questões morais, esse ponto comum de comparação é o ponto de vista moral, nas questões jurídicas é o ponto de vista jurídico".

²³⁴⁸ **A Theory**..., pp. 100, 402; **Alexy**, *Derecho y razón* ..., pp. 32 ss.; «The Reasonableness...», pp. 12-13.

²³⁴⁹ **Alexy**, «The Reasonableness...», p. 13.

²³⁵⁰ **Alexy**, «The Reasonableness...», p. 8 (invocando **MacCormick**).

formal²³⁵¹. Não podendo assentar no esquema lógico da subsunção, esse modelo formal alternativo traduz-se num esquema inferencial que, com recurso às regras da aritmética²³⁵², permite fazer derivar o resultado da ponderação de certos fatores previamente estabelecidos²³⁵³. Isso permite alegar que subsunção e ponderação têm ambas uma estrutura argumentativa formal que permite que o juiz constitucional chegue a resultados justificáveis e, consequentemente, racionais²³⁵⁴.

Não é totalmente claro se tal modelo tem uma intenção exclusivamente *reconstrutiva/descritiva* da ponderação, com vista à demonstração da sua racionalidade, ou se tem também um intuito normativo. A ambiguidade é, aliás, uma constante do discurso de ALEXY²³⁵⁵. Apesar de ir além e de ser mais precisa do que outras análises da estrutura da ponderação, a sua construção não é clara em todos os vetores. Às vezes é obscurecida pela incessante produção científica²³⁵⁶ ou pelo labor exegético dos seus tradutores ou seguidores.

²³⁵¹ A dialética e a procura de sínteses entre formal e material, presente no melhor pensamento jurídico alemão, de **Savigny** a **Larenz**, passando por **Smend** (assim, **Bomhoff**, *Balancing...*, p. 221), é, aliás, uma constante do pensamento de **Alexy**. As raízes da ponderação são a *Interessenjurisprudenz*, mas o autor filia o seu labor científico na tradição analítica da *Begriffsjurisprudenz* e de autores como **Laband** ou **von Gerber**: *A Theory...*, pp. 14 ss.

²³⁵² Infletindo em relação a posições mais antigas. Por exemplo, em *A Theory...*, p. 105, recusava claramente a *metrificação* da importância de satisfação e de não satisfação dos princípios colidentes.

²³⁵³ **Moreso**, «Alexy y la aritmética...», p. 73; **Sieckmann**, «Balancing...», p. 114 (notando que esta opção colide, aliás, com a ideia de que a ponderação implica um tipo de raciocínio jurídico que difere exatamente do raciocínio dedutivo ou inferencial); **Schauer**, «Balancing...», pp. 5 ss.

²³⁵⁴ **Lindahl**, «On Robert Alexy's Weight Formula...», pp. 357, 372, vai mais longe: o modelo de **Alexy** é de facto um modelo de subsunção e não um genuíno modelo de ponderação.

²³⁵⁵ A começar pela sua atitude em relação aos números e à tradução matemática do raciocínio jurídico: **Lindahl**, «On Robert Alexy's Weight Formula...», p. 356.

²³⁵⁶ O tratamento mais aprofundado consta do epílogo à tradução inglesa de *Theorie...*, *cit.*, que, por isso, utilizaremos (aqui e ali também a 1.^a e a 2.^a ed. das traduções espanholas, *Teoría...*, *cit.*). Contudo, não pode ignorar-se que, nesse local, o autor se preocupa sobretudo com a dogmática dos direitos fundamentais, privilegiando as colisões entre eles (ou, pelo menos, não distinguindo claramente essas colisões das colisões entre interesses públicos e direitos). Por outro lado, não há ainda a receção da distinção entre proibição do excesso e proibição do defeito, instrumento teórico fundamental para diferenciar muitos dos casos paradigmáticos que estuda. Por isso, teremos de procurar a articulação, nem sempre fácil, desse escrito com outros (em alguns casos com versões em mais do que uma língua), necessariamente selecionados: «Los Derechos...», *cit.*; «On Constitutional Rights...», *cit.*; «On Balancing...», *cit.*; «The Weight Formula», *cit.*; «Die Gewichtsformel», trad. castelhana, «La fórmula del peso», *cit.* (doravante, «La fórmula del peso»); «The Construction of Constitutional Rights», *cit.*; «The Reasonableness...», *cit.*

11.3.1.1. A ponderação condicionada por "leis"

Para a ponderação interessa, desde logo, a lei da colisão, uma vez que é através dela que se explicita quer a regra que se aplica ao caso concreto, quer a generalidade dessa regra²³⁵⁷. Por outro lado, há também leis sobre a distribuição da carga de argumentação. Delas nos ocupamos noutro local.

A ponderação, tal como ALEXY a concebe, rege-se por duas leis: uma *lei material da ponderação* e uma *lei epistémica da ponderação*. Nos termos da primeira, “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”²³⁵⁸. Esta lei da ponderação é idêntica ao princípio da proporcionalidade e.s.e.²³⁵⁹. De acordo com a segunda, “quanto mais intensa for a interferência num direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que fundamentam essa interferência”²³⁶⁰.

Da *lei material da ponderação* extraem-se três dos quatro passos da operação de ponderação, todos eles incorporando a dimensão de peso própria dos princípios: o primeiro, apuramento da intensidade de interferência num dos princípios; o segundo, apuramento da importância da satisfação do outro princípio; o quarto, contrapeso e apuramento do princípio prevalecente. Da lei epistémica da

²³⁵⁷ *Teoria...*, 1.^a ed., pp. 94-95: de acordo com a lei da colisão, a ponderação gera uma relação de preferência condicionada (*PiPPj*) *C* ou (*PjPPI*)*C*.

²³⁵⁸ *A Theory...*, p. 102; «Los Derechos...», p. 15; «On Constitutional Rights...», p. 6. A lei da ponderação representa um esforço de compactação da jurisprudência do *BVerfG*, na linha da proposta, por exemplo, por Grabitz, «Der Grundsatz...», *cit.*, pp. 580 ss. Por isso, Novais, *Direitos...*, p. 127, nota que a lei da ponderação não representa verdadeiramente uma descoberta de Alexy. Este esclarece que, em vez de “grau de não satisfação ou de afetação de um princípio”, pode igualmente dizer-se “intensidade de interferência num princípio”. Por outro lado, em vez de “importância da satisfação do outro princípio” também poderia dizer-se “intensidade de interferência num princípio causado pela não interferência em outro princípio” (*A Theory...*, pp. 405-407; «Los Derechos fundamentales...», *cit.*, p. 21). Consequentemente, em última análise, para Alexy, objeto de *balancing* é a importância das intensidades de duas interferências, uma real e outra hipotética: a interferência (real) no princípio sacrificado e a interferência (hipotética) no princípio colidente caso não houvesse interferência no primeiro. Assim quando (*M*) é a imposição de sanções e de proibições que se refletem no exercício da liberdade de profissão (*Pi*) com vista a proteger direitos de personalidade (*Pj*), contrapõe-se a importância da interferência em (*Pi*), com a importância da interferência em (*Pj*) se não houvesse interferência em (*Pi*). Contudo, por isso corresponder a intuições enraizadas, utiliza preferencialmente “importância da satisfação do outro princípio” como um dos fatores a ponderar. Sobre a “lei de ponderação”, v., entre muitos, Clérico, *El examen...*, pp. 196 ss.

²³⁵⁹ «On Constitutional Rights...», p. 6.

²³⁶⁰ *A Theory...*, p. 419; «Die Gewichtsformel», trad. castelhana, «La fórmula del peso», p. 38 (traduções nossas).

ponderação resulta mais um passo (que se desdobra, aliás, em dois), o terceiro na ordem lógica: apuramento do grau de certeza das premissas empíricas e normativas que fundamentam a intervenção.

11.3.1.1.1. Primeiro passo: apuramento da intensidade de interferência num dos princípios

O primeiro passo da ponderação é o apuramento do grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, o princípio vulnerado, denotado pela variável P_i , cuja possibilidade de medição racional o autor sustenta. Pode também falar-se de intensidade de interferência do meio ou medida (M). A *intensidade de interferência* é denotada como IP_i . A interferência é sempre valorada tendo em conta as circunstâncias concretas (denotadas por C)²³⁶¹. Por outro lado, o conceito de intensidade da interferência é visto como idêntico a *importância concreta*: “o conceito de importância concreta de P_i é, como se mencionou, idêntico ao conceito de intensidade da interferência em P_i ”²³⁶². Consequentemente, IP_i denota a *intensidade da interferência* em P_i , mas também a *importância concreta* de P_i ²³⁶³. A circunstância de se tratar de realidades concretas é denotada através de IP_iC ²³⁶⁴. Da intensidade da interferência ou importância concreta de P_i (IP_iC) deve distinguir-se o *peso abstrato* de P_i . Apesar de isso não estar refletido na lei material da ponderação²³⁶⁵, nesta primeira fase há também que apurar esse peso abstrato²³⁶⁶.

²³⁶¹ Zorrilla, *Conflictos...*, p. 252, critica o facto de Alexy não clarificar devidamente que interessam apenas as circunstâncias concretas *relevantes*.

²³⁶² «La fórmula del peso», p. 26; v. a crítica desta assimilação em Sieckmann, «Balancing...», p. 113.

²³⁶³ Todavia, a oscilação nos escritos de Alexy também a este propósito tem sido notada: Sieckmann, «Balancing...», p. 108.

²³⁶⁴ *A Theory...*, p. 406.

²³⁶⁵ Como Alexy reconhece, «La fórmula del peso», p. 25.

²³⁶⁶ Por isso, Pulido, «The Rationality...», pp. 13 ss., propõe a alteração da primeira lei da ponderação, de modo a inserir referência ao peso abstrato.

A variável peso abstrato de P_i ²³⁶⁷, isto é, o peso de P_i independentemente das circunstâncias de qualquer caso concreto²³⁶⁸, é representada por WP_iA ²³⁶⁹.

Partindo do pressuposto de que o direito – designadamente o direito constitucional – muitas vezes exprime as valorações através de uma estrutura triádica, o autor utiliza uma escala com três níveis para medir a intensidade da interferência num princípio²³⁷⁰: (interferência) séria (s), moderada (m) ou leve (l)²³⁷¹. s prevalece sempre sobre m e l ; m prevalece sempre sobre l . O critério para a valoração é fornecido pela própria constituição²³⁷². A cada um dos degraus da escala o autor atribui números de acordo com uma sequência geométrica²³⁷³: 2⁰ para leve, 2¹ para moderado, 2² para séria (isto é, 1, 2 e 4)²³⁷⁴. O facto de a diferença entre moderada e séria (2 e 4) ser maior do que entre leve e moderada (1 e 2) expressa o postulado de que a força dos princípios aumenta exponencialmente à medida que aumenta a intensidade da interferência de que são objeto (ocorrência ainda mais visível na escala triádica dupla, de 1 até 256 ou 2⁸)^{2375/2376}. Isso leva a que, a partir de certa

²³⁶⁷ «On Constitutional Rights...», p. 7.

²³⁶⁸ «Los Derechos...», p. 16; «La fórmula del peso», p. 23.

²³⁶⁹ *A Theory*..., p. 408.

²³⁷⁰ Intensidade de interferência é o mesmo que grau de não satisfação ou de detrimento de um princípio: *A Theory*..., p. 405.

²³⁷¹ As designações têm equivalências (que, designadamente, permitem a sua adaptação quando estiver em causa a importância de satisfação ou o peso abstrato): leve, é o mesmo que reduzido ou débil; sério, o mesmo que elevado ou forte: «La fórmula del peso», p. 22.

²³⁷² «On Balancing and Subsumption...», p. 442.

²³⁷³ De acordo com a Infopédia (Porto Editora, Porto, 2003-2013, consultada em 9.3.2013, em <http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/progress%C3%A3o>), progressão aritmética é a sucessão de números ou quantidades em que é constante a diferença entre dois termos consecutivos; progressão geométrica é a sucessão em que é constante o quociente entre dois termos consecutivos (consequente-antecedente).

²³⁷⁴ «The Construction...», p. 31; «Los Derechos...», p. 16; «On Constitutional Rights...», p. 9. Em «La fórmula del peso», pp. 30 ss., o autor apresenta também a chamada *fórmula diferencial*, baseada numa sequência aritmética, que finalmente vem a afastar com o argumento de que a sequência geométrica reproduz melhor “o facto de que os princípios ganham uma força maior à medida que aumenta a intensidade da intervenção, o que está em harmonia com a taxa marginal decrescente de substituição” (*ob. cit.*, p. 32). *Alexy* (por exemplo, *A Theory*..., p. 103) e outros ilustram frequentemente isto através de curvas não lineares de indiferença que mostram a taxa de substituição de bens: v. uma explicação clara em *Šušnjar, Proportionality*..., p. 216. Sobre o uso de curvas de indiferença na filosofia prática, *Barry, Political Argument, cit.*; *Rawls, A Theory*..., p. 37.

²³⁷⁵ *A Theory*..., p. 401, com explicação mais completa na p. 409; «Los Derechos...», p. 17.

²³⁷⁶ Esta progressão geométrica aplica-se também quanto aos pesos abstratos dos princípios colidentes: «La fórmula del peso», *cit.*, p. 36. Não parece, todavia, que a justificação para a progressão

intensidade de interferência, a importância da satisfação do princípio contraposto tem de ser de tal forma elevada para justificar aquela intensidade de interferência que será virtualmente inatingível.

11.3.1.1.2. Segundo passo: apuramento da importância da satisfação do outro princípio

A segunda magnitude ou variável da lei material de ponderação é o apuramento da importância de satisfação do outro princípio, aquele cuja satisfação é visada, denotado por P_j . A importância da satisfação de P_j no caso concreto é denotada por SP_jC ²³⁷⁷, sendo medida através de uma escala triádica semelhante à já vista (séria ou grave passa a alta ou elevada). Também aqui, apesar de isso não estar refletido na lei material da ponderação, há que apurar o peso abstrato de P_j , isto é, o peso de P_j em relação a outros princípios independentemente das circunstâncias de qualquer caso concreto²³⁷⁸, sendo representado por WP_jA ²³⁷⁹.

Sublinhe-se que ALEXY começou por não propor simetria entre o que se pesa e pondera do lado dos princípios afetados e do lado dos princípios a satisfazer. Ali releva a intensidade de interferência; aqui de importância da satisfação. O autor salienta que se trata de duas magnitudes diferentes: a intensidade de interferência é uma magnitude concreta, enquanto o grau de importância pode ter uma expressão concreta ou abstrata²³⁸⁰.

geométrica (a utilidade marginal decrescente da intensidade das interferências) seja fácil de transpor para o campo dos pesos abstratos.

²³⁷⁷ *A Theory...*, p. 406.

²³⁷⁸ «Los Derechos...», p. 16; «La fórmula del peso», p. 23.

²³⁷⁹ *A Theory...*, p. 408.

²³⁸⁰ Importa deixar uma nota sobre o tratamento analítico dispensado a I_j e a sua evolução ao longo das publicações do autor. Inicialmente (*A Theory...*, de 2002, pp. 406-407, onde ainda não é usado I_j , mas sim S ou SP_jC , denotando “importância de satisfazer P_j nas circunstâncias concretas C ”, aparentemente equivalente a “importância de P_j ”) começou por esclarecer que “a concreta importância de P_j é o mesmo que a intensidade com que a não interferência em P_i interfere em P_j ”. Por outras palavras: tal como I_i denota uma intensidade de interferência em P_i , também se poderia falar, em vez de importância de satisfazer P_j , da intensidade de interferência em P_j causada pela não interferência em P_i . Mas logo alega (*A Theory...*, p. 407) que os “juristas depois de completo o trabalho analítico devem voltar à superfície” e avisa que no contexto da lei da ponderação continuará a falar da “importância de satisfazer” P_j (isto é, o princípio que compete com P_i).

11.3.1.1.3. Terceiro passo: apuramento do grau de certeza das premissas empíricas e normativas que fundamentam a interferência

Chegado a este ponto, ALEXY debruça-se sobre o que considera o terceiro passo extraído da lei material de ponderação²³⁸¹: o contrapeso da intensidade da interferência e da importância da satisfação e apuramento do princípio prevalecente. Sucede, porém, que essa ordem, mesmo no esquema teórico de ALEXY dos três passos da ponderação ou da proporcionalidade e.s.e., representa um salto lógico. Antes do contrapeso propriamente dito e da ativação da fórmula do peso há que apurar mais uma das variáveis nesta contempladas: o grau de certeza das premissas empíricas. Essa variável não resulta da lei material de ponderação, mas sim da lei epistêmica da ponderação²³⁸².

Recordemos o teor da *lei epistêmica da ponderação* ou *segunda lei da ponderação*: “quanto mais intensa for a interferência num direito fundamental, maior deve ser a

Mas a hesitação não desapareceu, uma vez que, logo depois (2003), esta última declaração de intenções desaparece («La fórmula del peso», *cit.*, p. 26, onde abandona *SPjC* e surge *IPjC*, como correlato de *IPiC*. Isto é, passa a aplicar o sinal de *intensidade (I)* também do lado de *Pj*) e *Ij* aparece a denotar a intensidade de uma hipotética interferência em *Pj* resultante da não interferência em *Pi*. Deste modo, quer no que designamos de lado passivo, quer no lado ativo, as variáveis comparadas são intensidades de interferência, o que introduz maior uniformização nos termos de comparação. Para expressar fielmente os termos da comparação, a primeira lei da ponderação – aquela que, no dizer de **Alexy**, equivale à proporcionalidade e.s.e. – teria de ser reconstruída da seguinte forma: “quanto maior a intensidade da interferência num bem, interesse ou valor, tanto maior deve ser a intensidade da interferência em outros conflitantes resultante da não interferência no primeiro”. Porém, a hesitação por uma ou outra das formulações tem-se traduzido na utilização de ambas, mesmo em escritos mais recentes e relativamente próximos uns dos outros e até na recuperação de expressões antigas. Assim, em «On Constitutional Rights...» (2009), p. 7, “*Ij (SPjC)* representa a intensidade dos efeitos negativos que a omissão da interferência em *Pi*, isto é, não *M*, implicaria para o princípio colidente *Pj*, isto é, a intensidade de interferência em *Pj* pela não interferência em *Pi*.” Em «Los Derechos Fundamentales...» (2011), p. 20, *Ij* denota “a intensidade de interferência no direito ou fim oposto (*Pj*) através da omissão de uma interferência no direito (*Pi*)”. Mas, entretanto, em «The Construction...» (2010), p. 30, “*Ij* está para a importância de satisfazer o princípio competidor *Pj*”.

²³⁸¹ **A Theory**..., pp. 408 ss.

²³⁸² **Pulido**, «The Rationality...», pp. 13 ss., propõe uma alteração da lei material da ponderação, de modo a inserir referência à fiabilidade das premissas empíricas. Esta proposta está em linha com a orientação de **Alexy**, que atribui a esta variável um valor equivalente às demais variáveis da fórmula do peso (v. *infra*). Todavia, há quem objete: v. **Sieckmann**, «Balancing...», p. 114, entende que a questão da certeza empírica não deve ser considerada ao mesmo nível que as demais.

certeza das premissas que fundamentam essa interferência”²³⁸³. Trata-se de apurar *RPiC* e *RPjC*.

RPiC reporta-se ao grau de fiabilidade ou certeza das premissas empíricas sobre o que *M* implica para a não realização de *Pi* em concreto²³⁸⁴.

RPjC reporta-se ao grau de fiabilidade ou de certeza das premissas empíricas sobre o que *M* implica em concreto para a realização de *Pj*²³⁸⁵ ou ao impacto que hipoteticamente decorreria da não interferência em *Pi* e da concomitante interferência em *Pj*.

Vejamos a argumentação básica sobre a relevância da variável *R*.

Em algumas circunstâncias não há certeza sobre as premissas de facto e de direito em que se baseia a escolha de *M*. Gera-se assim uma situação de *incerteza epistémica* ou *cognitiva*, que se traduz no desconhecimento sobre se a adoção de *M* é proibida, comandada ou permitida pela constituição. Esse desconhecimento pode resultar da limitada capacidade de apreender adequadamente todas as premissas empíricas que condicionam a emissão do ato (*incerteza epistémica empírica*) ou da limitada capacidade para apreender as premissas normativas que condicionam a emissão do ato (*incerteza epistémica normativa*)²³⁸⁶. A segunda reporta-se essencialmente à

²³⁸³ *A Theory...*, p. 419; «La fórmula del peso», p. 38 (traduções nossas).

²³⁸⁴ *A Theory...*, p. 419, nota; «The Construction...», p. 30; «Los Derechos...», p. 16; «On Constitutional Rights...», p. 7.

²³⁸⁵ *A Theory...*, p. 419, nota; «The Construction...», p. 30.

²³⁸⁶ *A Theory...*, p. 424. O universo das incertezas epistémicas parece ser, todavia, mais complexo do que o intuído por *Alexy*. Desde logo, há que distinguir entre as incertezas epistémicas *sobre as premissas* empíricas e normativas (algumas apenas relevantes em sede de adequação e necessidade, outras com relevância na proporcionalidade e.s.e.) e as incertezas epistémicas *sobre a intensidade* da interferência (ou até a *importância* da satisfação). Estas últimas podem provocar, nomeadamente, uma situação de não fiabilidade *sobre a intensidade de interferência per se* (a qual tem de estar definida, sob pena de impossibilidade de aplicação da fórmula do peso). Nessas circunstâncias, requer-se uma fórmula que permita classificar previamente – através de uma operação de *ponderação classificativa* – essa intensidade, atribuindo-lhe um valor. Esse valor (*l, m, s*) da intensidade será *subsequentemente* considerado na aplicação da fórmula do peso. O tema merece estudo próprio, que não está ao nosso alcance neste momento. V., por todos, **Klatt / Meister, *The Constitutional Structure...***, pp. 113 ss., propondo uma complexa operação de ponderação classificativa (*classification balancing*) que não se debrança sobre a relação entre a intensidade de interferência e a sua correspondente fiabilidade, mas sobre a relação entre duas ou mais classificações alternativas de intensidades de interferência, incluindo a sua respetiva fiabilidade (*ob. cit.*, p. 117). A fórmula heurística apresentada, baseada na lei de classificação de que “quanto mais fiável for uma graduação mais intensiva da intensidade de interferência, mais fiável deve ser uma graduação menos intensiva de uma intensidade de interferência” (*ob. cit.*, p. 118, tradução nossa), é a seguinte: $C_{i1,2} = C_{i1} / C_{i2}$; **Klatt / Schmidt**, «Epistemic discretion...», *cit.*; **Rivers**, «Proportionality, Discretion...», *cit.*

impossibilidade de atingir a certeza sobre a determinação do peso dos bens, interesses e valores envolvidos, do lado ativo e do lado passivo²³⁸⁷.

Ora, a eventualidade de incertezas epistémicas coloca a questão de saber se, e até que ponto, o legislador está habilitado a decidir caso elas se verifiquem. A resposta requer a ponderação do princípio formal da competência do legislador democrático para tomar decisões – que concorre a favor de liberdade de conformação epistémica, isto é, da possibilidade de decidir quando houver incerteza epistémica – e do princípio substantivo da proteção dos direitos.

O ponto de equilíbrio proposto tem dois vetores. Por um lado, é reconhecida ao legislador a faculdade de adotar normas mesmo em situações de incerteza epistémica, nisso se traduzindo a chamada *liberdade epistémica de conformação*. A diferença essencial entre esta e a *liberdade estrutural de conformação* reside em que na liberdade estrutural de conformação prevalecem as ponderações políticas²³⁸⁸.

Por outro lado, ALEXY propõe que seja introduzido na fórmula do peso um critério que visa permitir a ponderação do maior ou menor grau de incerteza epistémica existente²³⁸⁹.

Deste modo, o valor a atribuir a R_i e a R_j deve variar na proporção direta em que aumenta a incerteza epistémica das premissas²³⁹⁰. Assim, garante-se que a ponderação reflita a noção de que quanto maior for a incerteza (ou menor for a certeza) epistémica de que P_j será satisfeito, menor será a justificação da interferência em P_i . O peso concreto de P_i aumenta à medida que aumenta a incerteza epistémica em que se baseia M ²³⁹¹.

²³⁸⁷ *A Theory*..., p. 415.

²³⁸⁸ *A Theory*..., pp. 421-422.

²³⁸⁹ Embora no texto se faça referência genérica à (in)certeza epistémica, ressalta da exposição do autor sobre R que a sua formulação se adapta sobretudo à (in)certeza epistémica *empírica* e não a toda e qualquer (in)certeza epistémica, incluindo a *normativa*, sem que sobre isso seja dada explicação (v. por exemplo «La fórmula del peso», p. 37, onde se alude específica e exclusivamente ao "grau de segurança dos pressupostos empíricos..."). Isso redobra a pertinência do contributo de **Klatt/Meister**, *The Constitutional Structure*..., p. 12, no sentido do desdobramento de R em R_e e R_n .

²³⁹⁰ Cfr. a tradução simplificadora de **Rivers**, «Proportionality...», p. 180: quando as limitações dos direitos são menores, o tribunal só necessita de se assegurar de que a base empírica não é evidentemente falsa; quando as limitações dos direitos são moderadas, o tribunal deve assegurar que a prognose fatual é, pelo menos, plausível; quando as limitações dos direitos são sérias, tem de haver uma fiscalização intensa do conteúdo.

²³⁹¹ *A Theory*..., p. 419.

Partindo dos três graus de intensidade do controlo de constitucionalidade definidos pelo *BVerfG* na decisão da cogestão (controlo substancial intensivo, controlo da defensabilidade, controlo da evidência), constrói um modelo triádico epistémico formalmente equivalente ao aplicado para a medida de *li* e de *Ij*: certo ou fiável (*r*), defensável ou plausível (*p*), apenas não evidentemente falso (*e*). Uma vez que o valor a atribuir a *Ri* e a *Rj* deve diminuir na proporção direta em que aumenta a incerteza epistémica das premissas, ALEXY propõe uma regressão geométrica que vai da situação de maior certeza (ou menor incerteza) para a de menor certeza (ou maior incerteza)²³⁹²: $r=2^0$; $p=2^{-1}$; $e=2^{-2}$ (1, ½, ¼).

11.3.1.1.4. Quarto passo: contrapeso das variáveis apuradas e apuramento do princípio concretamente prevalecente

Chega-se assim ao que ALEXY considera o derradeiro passo da lei material da ponderação. Verdadeiramente, este é o único que incorpora *exclusivamente* a estrutura do segmento da proporcionalidade e.s.e.

Apuradas as variáveis a considerar, elas devem ser submetidas a uma equação. Essa equação é expressa através da *fórmula do peso* (*weight formula*, *Gewichtsformel*), apresentada no posfácio da tradução inglesa do seu *Theorie der Grundrechte*²³⁹³.

A fórmula do peso tem várias versões: (i) a versão completa; (ii) a versão intermédia; (iii) a versão simplificada; (iv) a versão alargada; e (v) a versão alargada completa²³⁹⁴. As três primeiras são tratadas de seguida. As outras, objeto de hesitações e até, em última análise, de abandono, por inviabilidade ou inutilidade, serão analisadas mais adiante.

A *versão completa* coloca em equação todas as variáveis apresentadas nas seções anteriores:

$$WP_{ij}C = IPiCxWPiAxRPiC / SPjCxWPjAxRPjC$$

²³⁹² *A Theory...*, p. 419, nota; «La fórmula del peso», p. 38.

²³⁹³ *A Theory...*, pp. 408 ss.

²³⁹⁴ Designações da nossa responsabilidade.

Nessa equação²³⁹⁵, destinada a apurar o peso do princípio afetado (P_i) em relação ao outro princípio (P_j), o numerador é o produto da multiplicação²³⁹⁶ da intensidade da interferência concreta em P_i pela importância abstrata de P_i e pelo grau de (in)certeza epistêmica; o denominador é o produto da multiplicação da importância da satisfação concreta de P_j pela importância abstrata de P_j pelo grau de (in)certeza epistêmica. O peso de P_i em relação a P_j ($WP_{i,j}C$) resulta do quociente dos dois produtos.

Mas um quociente em que são consideradas intensidades, pesos abstratos, importâncias, graus de fiabilidade, só se obtém se aqueles elementos forem reduzidos a números, (sendo certo que os números não podem substituir os juízos ou proposições do raciocínio e da argumentação jurídica, só as podem representar)²³⁹⁷. Como se viu, ALEXY adota uma escala com três níveis aplicáveis à intensidade de interferência e, analogicamente, à importância da satisfação: séria (s), moderada (m) ou leve (l). Viu-se também que a cada um dos degraus da escala o autor atribui números de acordo com uma sequência geométrica: 2^0 para leve, 2^1 para moderado, 2^2 para séria (isto é, 1, 2 e 4). Por outro lado, quanto à fiabilidade epistêmica, distingue entre certo ou fiável (r), defensável ou plausível (p), não evidentemente falso (e). $r=2^0$; $p=2^{-1}$; $e=2^{-2}$ (1, $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$).

Se o quociente for superior a 1, P_i tem um peso concreto relativo superior a P_j , pelo que deve prevalecer. M não pode (poderia) ser produzida, sob pena de invalidade. Se o quociente for inferior a 1, P_j tem um peso concreto relativo superior a P_i , pelo que pode prevalecer. M pode (poderia) ser produzida. Se o quociente for igual a 1, nenhum dos princípios P_i ou P_j prevalece em concreto (ou tem um peso superior), verificando-se um empate. Nesse caso, o legislador dispõe de liberdade estrutural

²³⁹⁵ Na expressão em língua inglesa de *A Theory...*, p. 419. Porém, noutros locais esta versão completa pode aparecer mais simplificada ou com denotações diferentes. Por exemplo, nas versões em língua alemã e castelhana pode aparecer como $G_{i,j} = I_i \times G_i \times S_i / I_j \times G_j \times S_j$: «La fórmula del peso», p. 39. Em «On Constitutional Rights...», p. 7, aparece como $W_{i,j} = I_i \times W_i \times R_i / I_j \times W_j \times R_j$.

²³⁹⁶ O significado do sinal de multiplicação é controverso. **Pulido**, «On Alexy's Weight Formula», p. 108, interpreta-o como simples indicação de que os fatores devem ser tomados em conta e não como função matemática.

²³⁹⁷ «Los Derechos...», p. 17.

de conformação (*structural discretion*), podendo produzir *M* ou omiti-la²³⁹⁸. Se se estiver em fase de controlo da norma legislativa e *M* tiver sido produzida, o tribunal constitucional verifica a *não desproporcionalidade*²³⁹⁹.

Para efeitos de exemplificação, admitamos que: *IPiC* é *s* (4); *WPiA* é *s* (4); *RPiC* é *r* (1); por outro lado, *SPjC* é *m* (2); *WPjA* é *s* (4); *RPjC* é *r* (1). Onde:

$$WP_{ij}C = (4 \times 4 \times 1) : (2 \times 4 \times 1) = 16/8 = 2/1$$

O quociente é superior a 1. *Pi* tem um peso concreto relativo superior a *Pj*²⁴⁰⁰, pelo que deve prevalecer. *M* não pode (poderia) ser produzida, sob pena de invalidade. Consideremos agora: *IPiC* é *m* (2); *WPiA* é *s* (4); *RPiC* é *r* (1); por outro lado, *SPjC* é *s* (4); *WPjA* é *s* (4); *RPjC* é *r* (1). Onde:

$$WP_{ij}C = (2 \times 4 \times 1) : (4 \times 4 \times 1) = 8/16 = 1/2 = 0,5$$

O quociente é inferior a 1. *Pi* tem um peso concreto relativo inferior a *Pj*. *M* pode (poderia) ser produzida.

Estes exemplos simplificados reproduzem aquilo que ALEXY considera muito frequente: a equivalência de *WPiA* e *WPjA*, bem como de *RPiC* e de *RPjC*, com a consequente anulação recíproca²⁴⁰¹. Pode, por isso, falar-se de duas versões mais simples.

²³⁹⁸ «Los Derechos...», p. 17; «La formula del peso...», pp. 33 ss.

²³⁹⁹ Cfr. *infra*, capítulo 19. **Pulido**, «The Rationality...», p. 12, embora apoiando a evolução, nota que há uma discrepância respeitante à carga de argumentação entre a versão inicial da *Theorie*..., pp. 384 ss., e o *Posfácio* publicado com a *A Theorie*.... Na primeira, aplicava-se o princípio formal do *in dubio pro libertate*. No segundo, como se indica no texto, vale o princípio formal da liberdade do legislador democrático. A carga de argumentação incide sobre quem alega a não proporcionalidade.

²⁴⁰⁰ Como nota **Lindahl**, «On Robert Alexy's Weight Formula...», p. 365, se levada a expressão matemática até ao fim, 2/1 não significa apenas que *Pi* é superior a *Pj*, mas que *Pi* vale o dobro de *Pj*, o que pode não ser racionalmente sustentável.

²⁴⁰¹ «La formula del peso...», p. 33; «On Constitutional Rights...», p. 7.

A versão *intermédia* não incorpora a variável $RPiC$ e $RPjC$:

$$WP_{i,j}C = IPiC \times WPiA / SPjC \times WPjA^{2402}$$

A versão *simplificada* não incorpora as variáveis $WPiA$ e $WPjA$, bem como $RPiC$ e $RPjC$:

$$WP_{i,j}C = IPiC / SPjC^{2403}$$

Esta última pode ser ainda mais depurada:

$$W_{i,j} = I_i / I_j^{2404}.$$

Nesta versão simplificada, o peso concreto de Pj relativo a Pi é calculado simplesmente através do produto da divisão do valor de Ii pelo valor de Ij , isto é, o valor da intensidade da interferência concreta em Pi e o valor da importância concreta da satisfação de Pj ²⁴⁰⁵.

²⁴⁰² Utilizamos a formulação do texto por forma a manter alguma uniformidade em relação ao modo de apresentação de *A Theory...*, cit., embora não conste desta em forma acabada (cfr. p. 418). Consta sim de «La formula del peso...», p. 36, nos seguintes termos: $G_{i,j} = I_i \times G_i / I_j \times G_j$.

A referência a esta fórmula simplificada intermédia tem também o intuito de evidenciar um aspeto discutível da construção teórica de *Alexy*. A propósito de tal fórmula, constrói o conceito de *peso concreto não relativo em termos de importância*. Assim, distingue *peso concreto relativo* de Pi em relação a Pj ($G_{i,j}$ na versão em alemão e na tradução para espanhol; $W_{i,j}$, na versão em inglês) e *peso concreto não relativo* ou *importância* (W), resultante do produto da intensidade da intervenção (I , que, como se viu, é equivalente a importância concreta) e do peso abstrato do princípio em causa (G na versão alemã). Surgem, assim, W_i e W_j , referentes ao peso concreto não relativo, ou importância, de Pi e Pj , respetivamente (não confundir com W_i e W_j , que aparecem no texto acima a partir dos escritos do autor em língua inglesa, que designam apenas o peso abstrato de Pi e Pj). Só a simples tentativa de explicitação dos conceitos de peso concreto relativo, intensidade de interferência ou importância concreta, peso concreto não relativo ou importância e peso abstrato geram a impressão de um labirinto conceptual que suscita a dúvida sobre a respetiva utilidade. Afigura-se otimista a expectativa do autor de conseguir “diluir-se completamente a ambiguidade da expressão ‘peso’” (*ob. cit.*, p. 37). Registe-se que a distinção entre peso concreto relativo e peso concreto não relativo não parece ter transitado para ensaios posteriores.

²⁴⁰³ *A Theory...*, p. 408.

²⁴⁰⁴ «La fórmula del peso...», p. 32; «On Constitutional Rights...», p. 8.

²⁴⁰⁵ «La fórmula del peso», pp. 24-25.

Têm sido feitas propostas de inclusão de novas variáveis e outros aperfeiçoamentos da fórmula do peso²⁴⁰⁶.

11.3.1.2. Apreciação da viabilidade do modelo formal de ponderação de Alexy

Antes de passar à apreciação crítica do modelo de ALEXY, teremos de verificar se ele tem interesse num trabalho que incide sobre a conformação de atos legislativos pelo legislador.

O modelo formal de ponderação de ALEXY, designadamente a sua formalização através da fórmula do peso, reporta-se essencialmente à função desempenhada pelo juiz constitucional. Mais precisamente, tem em conta a decisão de queixas constitucionais ou recursos de amparo. Na pré-compreensão de ALEXY, no julgamento das queixas constitucionais o juiz resolve uma colisão entre dois direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um interesse público. A solução passa sempre por decidir qual dos direitos ou interesses colidentes (qual dos princípios, na linguagem do autor) tem maior peso no caso concreto, por isso prevalecendo e fornecendo a estatuição donde deve ser deduzida a solução do caso. Tratando-se de atividade judicial, é inevitável o debate sobre onde acaba a aplicação e começa a criação do direito e até que ponto o resultado da ponderação é racional

²⁴⁰⁶ **Brady, *Proportionality*...**, pp. 113 ss., propõe a introdução da ponderação de condições institucionais no peso e relevância a atribuir às incertezas epistémicas; **Pulido**, «On Alexy's Weight Formula», p. 108, e «The Rationality of Balancing», pp. 15 ss., sugere o aperfeiçoamento da fórmula do peso, com aditamento de vários fatores, designadamente, sentido (*M*), posição jurídica (*LP*), eficiência (*E*), velocidade (*SP*), probabilidade (*P*), alcance (*Re*) e duração (*D*). O autor chega à seguinte fórmula (não tendo o sinal de multiplicação uma função matemática):

$$WP_{i,j}C = \frac{(MPiC \cdot LPPiC) \cdot (EPiC \cdot SPPiC \cdot PPiC \cdot RePiC \cdot DPiC) \cdot WPiA \cdot (REIPiC \cdot (RNIPiC \cdot RNWPIA))}{(MPjC \cdot LPPjC) \cdot (EPjC \cdot SPPjC \cdot PPjC \cdot RePjC \cdot DPjC) \cdot WPjA \cdot (RESPjC \cdot (RNSPjC \cdot RNWPjA))}$$

Embora defenda que ela ilustra e demonstra a racionalidade da ponderação, desvendando todas as variáveis que são consideradas, o próprio autor reconhece a complexidade da fórmula – que não tem natureza algorítmica, capaz de garantir a única resposta correta – e a dificuldade, eventualmente insuperável, de preenchimento de várias das variáveis pelo juiz, com a consequente extensão da liberdade de conformação do legislador, mas também do próprio juiz constitucional (*ob. cit.*, p. 20).

e objetivo ou antes fruto do subjetivismo, intuicionismo, decisionismo ou discricionariedade judiciais.

As preocupações centrais do autor afastam-se das do presente estudo em pelo menos dois aspetos: não é conferida atenção especial à ponderação realizada pelo legislador no contexto do procedimento legislativo; não há tratamento autónomo da atividade de controlo das ponderações do legislador pelo juiz constitucional no âmbito da apreciação da constitucionalidade das normas legislativas.

Quanto à ponderação realizada pelo legislador no contexto do procedimento legislativo, recordemos o quadro teórico anteriormente proposto²⁴⁰⁷. No processo de construção de normas legislativas, o legislador cumpre dois momentos de ponderação certos e um eventual. O primeiro, na fase da conformação do fim da norma legislativa, destina-se a verificar/confirmar que os bens, interesses ou valores cuja promoção pretende assumir naquele episódio concreto importância superior aos bens, interesses ou valores que com eles colidam. Do ponto de vista metódico, essa atribuição de maior peso a um bem, interesse ou valor supõe um exercício de ponderação. O segundo momento de ponderação - com o objeto que apreciaremos no capítulo seguinte - é realizado no âmbito do cumprimento da proporcionalidade e.s.e. O momento eventual ocorre no contexto da aferição da necessidade.

Tendo em conta este quadro teórico da ponderação do legislador, o estabelecimento de lugares paralelos entre ela e a ponderação realizada pelo juiz constitucional afigura-se à primeira vista viável. A maior parte dos problemas que se colocam sobre a racionalidade e objetividade da ponderação judicial quando se trata de resolver a colisão entre dois bens, interesses ou valores (ou de dois princípios, como diria ALEXY) colocam-se sobre a racionalidade e a objetividade da ponderação legislativa. A questão de saber se nessa ponderação o legislador tem maior margem para o subjetivismo ou discricionariedade do que o juiz constitucional não altera a natureza e sentido da ponderação.

Sendo a adaptação possível, se o modelo de ALEXY, incluindo a fórmula do peso, for o instrumento analítico apropriado para descrever a ponderação realizada pelo juiz

²⁴⁰⁷ Cfr. *supra*, capítulo 8.

constitucional, muito provavelmente também o é para descrever a ponderação realizada pelo legislador

Contudo, meter os ombros à tarefa de adaptação do modelo de ALEXY à atividade ponderativa do legislador só tem utilidade se aquele modelo conseguir, na sua versão original, um saldo positivo entre os aspetos favoráveis e as críticas. Se não for o caso, em vez de uma adaptação há que pensar num outro modelo.

11.3.1.2.1. Aspetos favoráveis

Não se podem ignorar as vertentes positivas da teoria da ponderação e, especificamente, da fórmula do peso²⁴⁰⁸. Essas vertentes positivas justificam que o modelo de ponderação e a fórmula do peso se tenham até tornado num "produto" altamente exportável ("um sucesso da exportação"²⁴⁰⁹) da criação jurídica alemã e europeia.

Trata-se do esforço teórico que mais longe vai na tentativa da demonstração da possibilidade da redução da ponderação a um modelo formal e, consequentemente, da sua racionalidade. Nesse esforço, identificou, se não todas, pelo menos muitas das variáveis relevantes para a ponderação. Suscitou o debate sobre a relevância do peso abstrato dos princípios, lançou luz sobre a necessidade de, na operação de ponderação, relevarem aspetos cognitivos de natureza empírica e normativa e não apenas juízos substantivos de natureza moral. Avançou na demonstração de que a incomensurabilidade não é barreira intransponível.

Pode considerar-se também positivo que a doutrina do autor forneça pistas donde se pode partir para demonstrar que a resolução de colisões entre princípios não passa forçosamente pela sua otimização, embora tal demonstração seja presumivelmente incompatível com algumas vertentes importantes do seu pensamento.

A fórmula do peso, nas situações em que a sua aplicação consegue reconstruir, sem contestação de maior, a decisão judicial, confirma também a neutralidade axiológica

²⁴⁰⁸ Aliás, não menosprezadas pelos seus críticos mais diretos: v., por exemplo, **Jestaedt**, «The Doctrine of Balancing...», pp. 157 ss.

²⁴⁰⁹ **Jestaedt**, «The Doctrine of Balancing...», p. 153.

da ponderação (e da proporcionalidade e.s.e.). Pela sua importância para a conceção que defendemos, o ponto merece ser ilustrado.

Vejamos dois dos casos reiteradamente revisitados por ALEXY como paradigmas práticos da teoria dos princípios e comprovação da correção da fórmula do peso: os casos *Titanic* e *cannabis*.

No caso *Titanic* estava em jogo uma colisão entre a liberdade de expressão e o direito à honra²⁴¹⁰. Um militar paraplégico participou em exercícios militares. A revista satírica *Titanic* apelidou-o de “assassino nato” e, após o militar ter exigido reparação, designou-o como “aleijado”. A revista foi condenada por um tribunal a pagar uma indemnização de 12 000 marcos (*M1*). Eis como ALEXY esquematiza a operação ponderativa²⁴¹¹ realizada na decisão do recurso de amparo pelo *BVerfG*: a indemnização (*M*) foi entendida pelo Tribunal como uma intervenção séria (*s*) na liberdade de expressão (*Pi*); quanto à designação de “assassino nato”, o Tribunal considerou que ela se inseria no padrão normal, jocoso, da revista, pelo que constituía uma afetação pouco grave, isto é, apenas média (*m*) ou leve (*l*)²⁴¹² no direito à honra (*Pj*). Nessa vertente, a afetação *s* da liberdade expressão não era justificada pela afetação *l* ou *m* do direito à honra:

$$WP_{1,2}=4:2(\text{ou } 1)=2 (\text{ou } 4)$$

Prevalência de *Pi*. A indemnização não se justificava:

Por outro lado, a qualificação como “aleijado”, por ser humilhante e desrespeitosa, já era uma afetação *s* do direito à honra (*Pj*), justificadora de uma interferência *s* na liberdade de expressão (*Pi*). Consequentemente:

²⁴¹⁰ Repetidamente apresentado como paradigmático, desde *A Theory...*, pp. 403 ss. Não se trata de um caso de constitucionalidade de uma norma legislativa, mas da aplicação de penas e sanções, situação típica da chamada proporcionalidade retributiva, que, além do mais, tem especificidades próprias (v. *infra*, capítulo 22, 3.).

²⁴¹¹ Defendendo que o Tribunal não assentou realmente o seu juízo numa operação de ponderação, mas sim numa operação interpretativo-dedutiva, desempenhando a ponderação apenas um papel secundário ou indireto, Šušnjar, *Proportionality...*, p. 140.

²⁴¹² Mantém-se a alternativa tal como aceite por Alexy, embora, em bom rigor, a aplicação da fórmula do peso suponha que é possível dizer se é leve ou média: cfr. Moreso, «Alexy y la Aritmética...», p. 77.

$$WP_{ij}=4:4=1$$

Situação de empate. No sistema de ALEXY, isto implica que a indemnização podia ser arbitrada (mas, aparentemente, também poderia não o ser, o que indicia que a hipótese da liberdade estrutural de conformação também se coloca quando se trata de uma decisão judicial e não apenas quando está em causa uma medida do legislador, orientação certamente discutível).

Sem ir demasiado longe na apresentação de razões, vários dos pressupostos do Tribunal (os fundamentos materiais ou justificação externa²⁴¹³) podem ser rebatidos e modificados. A qualificação como intervenção grave ou séria na liberdade de expressão (P_i) da atribuição de uma indemnização de 12 000 DM é discutível, não sendo difícil admitir que também possa ser considerada somente moderada (ou módica)²⁴¹⁴. Em contrapartida, a violação do direito à honra resultante da designação de “assassino nato” pode ser razoavelmente considerada séria ou grave. O argumento de que a intervenção no direito à honra (P_j) é justificada, por ela se inserir num comportamento habitual, é rebatível (tal como o seria considerar justificado o assassinio, por ele ser prática habitual de um indivíduo).

O Tribunal também poderia, por conseguinte, ter julgado nesse sentido. Nessas circunstâncias, a fórmula do peso mostraria:

$$WP_{ij}=2:4=0,5$$

Prevalência de P_j . A indemnização com aquele valor era justificada.

A sentença do *cannabis* é outro exemplo estudado por ALEXY. O Tribunal Constitucional alemão não declarou a inconstitucionalidade da proibição de consumo e da respetiva sujeição a sanções penais. Fazendo a conversão para as variáveis da fórmula do peso, é concebível que tenha considerado que a intervenção na liberdade geral de ação (P_i), através de sanções penais (M), é moderada (m) e a satisfação do interesses da proteção da saúde (P_j) é séria (s), a fiabilidade das

²⁴¹³ Os conceitos de justificação externa e interna remetem para **Wróblewski**, «Legal Decision and its Justification», pp. 412 ss.

²⁴¹⁴ **Moreso**, «Alexy y la Aritmética...», p. 77.

premissas (R_i) de que a medida intervém em P_i é certa (r) e a possibilidade de proteger o direito à saúde (R_j) é apenas plausível (p), ou não evidentemente falsa (e):

$$WP_{ij}=(2 \times 1):(4 \times 0,5)=1$$

ou

$$WP_{ij}=(2 \times 1):(4 \times 0,25)=0,5$$

Na primeira hipótese haveria um empate entre P_i e P_j . Na segunda, P_j prevalece. Em qualquer dos casos, M poderia ser produzida.

Mas admita-se que o Tribunal entendia que a intervenção na liberdade geral de ação (P_i), através de sanções penais (M), é séria (s) e não apenas moderada (m), mantendo-se tudo o resto igual. Daí:

$$WP_{ij}=(4 \times 1):(4 \times 0,5)=2$$

ou

$$WP_{ij}=(4 \times 1):(4 \times 0,25)=4$$

Em qualquer das hipóteses, P_i prevalece. M não poderia ser produzida.

Em ambos os casos, as várias operações de ponderação, as efetivamente realizadas e as alternativas, sendo redutíveis e explicáveis através da fórmula do peso, podem ser consideradas *formalmente* corretas. Uma vez que o trajeto argumentativo seguido pelo decisor é expressável desse modo formalizado, estão preenchidos os requisitos *formais* de racionalidade das decisões.

Mas isso mostra a neutralidade ou a permeabilidade da ponderação e da fórmula do peso em relação a todo e qualquer critério valorativo. As alterações ou manipulações nas variáveis (por exemplo, de s para m ou vice-versa), de acordo com variações na calibração ou hierarquia dos critérios valorativos, têm um impacto decisivo na ponderação e são acriticamente repercutidas pela fórmula do peso. Ou seja, na medida em que a fórmula do peso se limita a reduzir e a expressar, através de um algoritmo, o conteúdo material dos argumentos e o trajeto argumentativo seguido, sendo neutral em relação à validade material das valorações consideradas, ela pode

atestar a racionalidade *formal* de mais do que uma hipótese de solução para uma situação dilemática.

Ora, do ponto de vista de quem sustenta que em cada situação dilemática só há *uma* solução racional²⁴¹⁵, isso evidencia uma debilidade da fórmula do peso ou, mais precisamente, da própria ponderação. Esta legitima que mais do que uma hipótese de deliberação possa ostentar o certificado de racionalidade.

Todavia, essa observação não atinge diretamente a ponderação e as tentativas da sua formalização. A crítica que eventualmente se pode dirigir (e é dirigida) a uma teoria da ponderação que se preocupe apenas em explicar a respetiva estrutura formal não é essa, mas sim a de que uma teoria da ponderação estritamente presa aos aspetos formais é deficitária na medida em que negligencia os parâmetros de justificação material ou externa das decisões. Ora, esta objeção transporta consigo uma questão teórico-analítica da maior importância: deve a ponderação ser entendida como um instrumento ou técnica axiologicamente neutral, com textura suficientemente porosa para admitir ao processo ponderativo *todo e qualquer argumento* sustentado em teorias substantivas (por exemplo, dos direitos), ou deve a ponderação ser entendida como um instrumento que *à cabeça* rechaça determinados argumentos substantivos?

A conceção que subjaz ao contributo de ALEXY vai no primeiro sentido e é também essa a orientação que é perfilhada neste trabalho.

Nesta linha, o que a ponderação e os esquemas de formalização da ponderação tornam patente é que a deliberação racional - ou a deliberação conduzida através de um procedimento racional, como a ponderação - pode conduzir a mais do que uma hipótese racionalmente sustentável. Isso não se deve a qualquer deficiência ou fragilidade da ponderação como processo deliberativo. A potencialidade de mais do que uma hipótese racionalmente sustentável é um mero *reflexo* de um traço incontornável da deliberação prática, que se manifesta independentemente de o procedimento formal de deliberação ser a ponderação ou qualquer outro: a circunstância de nem sempre estar ao alcance da razão prática a identificação de

²⁴¹⁵ Aludimos a uma das dimensões mais criticadas do pensamento de **Habermas** (bem como de **Dworkin** e outros): a sobrevalorização da possibilidade de a razão prática gerar *uma solução ou resposta única* para cada problema jurídico. V., por exemplo, **Alexy**, «Sistema jurídico...», p. 150; **Klatt**, «Taking Rights less seriously...», *cit.*; **Rodrigues**, *A interpretação...*, pp. 140 ss.; **Branco**, *Juízo de ponderação...*, pp. 154 ss.

uma *única* solução materialmente correta ou racionalmente sustentada²⁴¹⁶. A razão exclui opções, mas pode não apontar para uma única opção; a razão delimita opções a favor das quais há razões não derrotadas nem derrotantes de outras razões sustentadoras de alternativas, mas não *determina* opções ou decisões únicas²⁴¹⁷.

Daí decorre que em muitos casos - se não em todos - o legislador pode *escolher* entre várias hipóteses racionalmente sustentadas. Essa escolha é marcada por critérios estabelecidos pelo agente, ele próprio, pelo que se pode considerar uma escolha autónoma, não obstante a sujeição a certos constrangimentos de deliberação racional, como são, por exemplo, a recondução a um determinado quadro de racionalidade ou argumentação (ideologia) política.

11.3.1.2.2. Críticas

11.3.1.2.2.1. Críticas, dirigidas ao modelo ou a componentes do modelo, que atingem a sua consistência global

Cumpra agora enunciar as críticas essenciais dirigidas ao modelo de ponderação da teoria dos princípios.

Sintomaticamente, um dos aprofundamentos mais comprometedores dos próprios alicerces e pressupostos daquele modelo proveio do próprio ALEXY: trata-se da (in)aplicação da fórmula do peso ao que designa por direitos positivos. Pode mesmo questionar-se se os pilares essenciais da sua tese resistiram a esses desenvolvimentos. O tema é tratado *infra*²⁴¹⁸.

Há outros aspetos críticos²⁴¹⁹.

²⁴¹⁶ O objetivo de correção é um objetivo idealizado pelo direito (é uma *ideia regulativa*, propõe Alexy), mas na verdade nem sempre é possível ter a certeza de que se atingiu. Apesar de não ser impossível que, em certas situações, se conclua que *só é possível uma única resposta*, é também seguro que nem sempre isso é possível. O direito conhece (e convive com) situações de incerteza relativa.

²⁴¹⁷ Mather, «Law-making...», pp. 365 ss.

²⁴¹⁸ Capítulo 21, 2.3.2.

²⁴¹⁹ Com uma perspetiva total ou parcialmente crítica em relação ao modelo de Alexy, v. Atienza, *El Derecho...*, p. 173; Moreso, «Alexy y la Aritmética...», *cit.*; Jestaedt, «Die Abwägungslehre...», *cit.*;

Primeiro, contesta-se que a fórmula do peso reflita a metódica jurisdicional, incluindo a do Tribunal Constitucional alemão²⁴²⁰.

Segundo, não é claro se ALEXY propõe um modelo de ponderação racional aplicável em todas as situações de colisão (e, sendo-o, qual o fundamento e com que adaptações) ou aplicável apenas quando estejam em causa colisões de direitos fundamentais²⁴²¹.

Terceiro, alega-se que o autor restringe as suas preocupações à justificação interna do resultado da ponderação, descurando a justificação externa²⁴²². Para que o resultado da ponderação esteja internamente justificado é apenas necessário garantir que ele se infere de premissas pré-dadas, como na fórmula do peso ou no silogismo judiciário próprio da subsunção. Diversamente, a justificação externa decorre da *verdade ou correção* das premissas e é aí que pode entrar o raciocínio moral²⁴²³. Ora, os esquemas formais ilustram e sistematizam as premissas em que assenta o *balancing* e o trajeto para chegar a uma conclusão, tornando mais claro o que o legislador e o tribunal têm de ponderar e justificar, mas não resolvem a questão essencial de avaliar pesos e intensidades das interferências. Para isso, tem de se realizar um exercício de raciocínio prático, no qual o decisor tem recorrer a uma ou várias teorias substantivas da justiça - não bastando qualquer classificação baseada na intuição - para atribuir pesos e avaliar intensidades, de modo que expresse um determinado entendimento dos direitos e da sua relação entre si e com os demais interesses da comunidade²⁴²⁴. A ponderação (e, especificamente, a proporcionalidade e.s.e.) é uma estrutura formal que necessita, no essencial, de

idem, «The Doctrine of Balancing...», p. 164; Ladeur, *Kritik der Abwägung...*, pp. 12 ss.; Riehm, *Abwägungsentscheidungen...*, *cit.*; Zorrilla, *Conflictos...*, pp. 248 ss.; Sieckmann, «Balancing...», *cit.*; Poscher, «Insights...», *cit.*; «The Principles...», *cit.* (refutando vários pilares do pensamento de Alexy); Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 211 ss.

²⁴²⁰ Há mesmo quem procure demonstrar, mais radicalmente, que não só a fórmula do peso não exprime adequadamente a prática judicial, como esta nem sequer aplica o teste da proporcionalidade e.s.e. através de ponderação bilateral ou multilateral: v. Šušnjar, *Proportionality...*, p. 125.

²⁴²¹ Sieckmann, «Balancing...», p. 114. A questão é pertinente, uma vez que a colisão entre direitos fundamentais e interesses coletivos está normalmente fora do espectro de exemplos usados por Alexy.

²⁴²² Para a diferenciação entre justificação interna e externa, v. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, pp. 214 ss.; Klatt / Meister, *The Constitutional Structure...*, p. 54.

²⁴²³ Klatt / Meister, *The Constitutional Structure...*, p. 54.

²⁴²⁴ Kumm, «Political Liberalism...», p. 148.

premissas fornecidas do exterior²⁴²⁵. Todavia, as indicações que ALEXY deixa sobre estas são pouco mais do que decepcionantes (a justificação pode "assentar em qualquer tipo de argumento jurídico"²⁴²⁶).

Quarto, o problema mais agudo, este sublinhado até por adeptos de ALEXY. Questiona SIECKMANN²⁴²⁷, um dos membros da escola de Kiel: qual é, verdadeiramente, o interesse de procurar traduzir a operação de ponderação num modelo matemático? Qual a vantagem teórica, dogmática ou metódica que daí advém? A resposta parece simples: nenhuma. Trata-se de uma formulação pouco mais do que ociosa²⁴²⁸. Tudo o que ALEXY procura conseguir ou demonstrar através da fórmula do peso pode ser demonstrado pelas simples linguagem e técnicas do direito, condimentadas e complementadas por contributos da filosofia prática. Por outro lado, há o risco de obrigar o pensamento jurídico a recorrer a subsídios de outras ciências em termos que desvirtuam desnecessariamente as competências necessárias para ponderar, com mais-valias pouco relevantes²⁴²⁹, sem esquecer o risco de a elegância formal das fórmulas matemáticas camuflar aspetos essenciais da estrutura da ponderação²⁴³⁰. A fórmula do peso cria uma ilusão de precisão matemática, uma quimera metodológica²⁴³¹ que involuntariamente gera a sensação de que o pensamento jurídico se pode dar ao luxo de conceber um método que conduza a uma resposta completamente imune à capacidade criativa constitutiva do seu autor. Por outras palavras, no afã de procurar a demonstração da racionalidade da ponderação, talvez tenha sido cometido o excesso de conceber um modelo *demasiado* racional para estar ao alcance das capacidades cognitivas (e outras) dos seres humanos²⁴³².

²⁴²⁵ Alexy, «Thirteen replies...», p. 344.

²⁴²⁶ A *Theory*..., p. 105. Estas e outras afirmações igualmente vagas são por vezes complementadas com remissões para a sua *Theorie der juristischen Argumentation...* (1978).

²⁴²⁷ Sieckmann, «Balancing...», p. 114.

²⁴²⁸ Zorrilla, *Conflictos*..., p. 249; Pino, *Derechos*..., p. 213; Morais, *Curso*..., II, 2, p. 682. O projeto da matematização da ponderação (designadamente da ponderação de interesses) antecedeu, aliás, Alexy. V., por exemplo, Hubmann, «Grundsätze der Interessenabwägung», *cit.*, e «Methode der Abwägung», *cit.*, bem como a refutação em Hirschberg, *Der Grundsatz*..., pp. 102 ss.

²⁴²⁹ Coincidente, Sieckmann, «Balancing...», p. 116.

²⁴³⁰ No mesmo sentido, Sieckmann, «Balancing...», p. 116.

²⁴³¹ Jestaedt, «The Doctrine of Balancing...», p. 165.

²⁴³² Cfr. Schauer, «Balancing...», p. 8.

Quinto, o autor sustenta que o primeiro e o segundo estágio do processo de ponderação são cumpridos *independentemente* um do outro, em termos absolutos, sem qualquer relacionamento. Isso é refutável, do ponto de vista metodológico²⁴³³. Certamente, não é impossível a valoração unilateral da importância de uma intensidade de interferência ou de satisfação (ponderação unilateral). Porém, havendo mais do que uma propriedade, atributo ou realidade normativamente relevante a ponderar, é natural que se processem permanentes *trade offs*. Por exemplo, é ilusório pensar que é possível valorar como *leve, moderada* ou *séria* a intensidade dos efeitos de interferência num bem, interesse ou valor, ignorando completamente (estabelecendo uma espécie de véu de ignorância) de que forma essa interferência se relaciona com a *intenção* ou o fim que lhe subjaz, ou seja, os *efeitos* ou *consequências* que se pretende desencadear²⁴³⁴.

Sexto, a lei epistémica da ponderação está longe de ser clara²⁴³⁵. Desde logo, a sua designação (lei epistémica *da ponderação*) ilude que as questões relacionadas com o apuramento da fiabilidade das premissas epistémicas são essencialmente questões de direito probatório, *transversais* à estrutura de toda a proibição do excesso e até a alguns dos seus pressupostos²⁴³⁶: as apreciações empíricas e normativas são essenciais à conformação do fim legítimo (designadamente, aferição da necessidade de prosseguir aquele fim) e à aplicação dos segmentos da adequação e da necessidade²⁴³⁷. Esta opção de ALEXY patenteia, mais uma vez, a *sobrecarga* do

²⁴³³ Assim, **Pino, Derechos** ..., pp. 215 ss. Parece ser essa também a posição de **Sieckmann**, «Balancing...», p. 115.

²⁴³⁴ Do ponto de vista do raciocínio prático, é possível – e empiricamente comprovável – que quando o legislador avalia a proporcionalidade de um meio, confrontando a interferência que imporá num bem, interesse ou valor e a que importaria noutro se não interferisse no primeiro, o juízo sobre as intensidades é mutuamente influenciável, pelo menos parcialmente: o juízo de que a interferência sobre a liberdade de iniciativa económica das tabaqueiras resultante da obrigação de avisos preventivos nos maços de tabaco é leve, é no essencial resultante de uma valoração tendo em conta o próprio sentido e alcance constitucional da liberdade de iniciativa económica, mas não pode deixar de ter em conta a seriedade da interferência sobre o direito à saúde que ocorreria se não houvesse esse tipo de interferência. Se o fim dos avisos fosse, por absurdo, não a proteção do direito à saúde, mas a criação de melhores condições de mercado para quem comercializa cigarros eletrónicos (por exemplo, inscrevendo nos maços os dizeres “prefira cigarros eletrónicos que são menos prejudiciais e são mais económicos”), seria difícil admitir como racional uma classificação da interferência na liberdade de iniciativa económica das tabaqueiras como apenas leve, apesar de também haver um intuito dissuasório e uma simples obrigação de inscrição de uma frase visível nos maços.

²⁴³⁵ V. a tentativa de algumas clarificações em **Rivers**, «Proportionality...», pp. 177 ss.

²⁴³⁶ Coincidente, **Šušnjar, Proportionality**..., p. 239.

²⁴³⁷ Como o próprio reconhece: **Alexy, A Theory**..., p. 414.

segmento da proporcionalidade e.s.e. com considerações que não lhe pertencem exclusivamente ou sequer predominantemente.

Depois, a lei epistémica da ponderação é insuficientemente precisa em relação aos fatores que devem ser considerados²⁴³⁸.

11.3.1.2.2.2. Primeiro passo

Assinale-se uma divergência conceptual ou estrutural entre a construção de ALEXY e aquela que aqui desenvolvemos: o apuramento da intensidade da interferência no princípio afetado é inerente ao segmento da necessidade e não ao segmento da proporcionalidade e.s.e. Como mostrámos no momento próprio²⁴³⁹, a aplicação do segmento da necessidade impõe esse apuramento de modo a comparar aquela intensidade com as hipóteses alternativas.

11.3.1.2.2.3. Segundo passo

Em rigor, também este passo de apuramento da importância da satisfação do outro princípio ficou já pelo menos pré-estruturado no momento lógico da aplicação do segmento da adequação, como sustentámos²⁴⁴⁰.

ALEXY não propõe simetria entre o que se pondera do lado dos princípios afetados e do lado dos princípios a satisfazer. Ali releva a *intensidade* de interferência; aqui, a *importância* da satisfação. A intensidade de interferência é uma magnitude concreta, enquanto o grau de importância pode ter uma expressão concreta ou abstrata²⁴⁴¹. Contudo, essa diferença em nada justifica que, quando está em causa o princípio afetado, importe a intensidade de interferência concreta no princípio e que, quando está em causa o princípio oposto, releve a importância da satisfação concreta ou

²⁴³⁸ Cfr. Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 239-240.

²⁴³⁹ Capítulo 16, 4.1.2.

²⁴⁴⁰ Capítulo 15, 2.2.2.1.

²⁴⁴¹ *A Theory...*, p. 406.

importância concreta do princípio²⁴⁴². Acresce que existe transitividade entre a noção de importância concreta de P_j e intensidade de interferência em P_j resultante da não interferência em P_i ²⁴⁴³, bem como entre a noção de intensidade de interferência em P_i e importância concreta de P_i ²⁴⁴⁴.

Portanto, no próprio contexto da teoria dos princípios - focada excessivamente no impacto sobre os princípios e não nos efeitos produzidos pelos atos de autoridade - seria seguramente viável a identificação de um atributo identificável dos dois "lados" da ponderação. Por exemplo, poderia falar-se da *intensidade* da interferência concreta em P_i e na *intensidade* de satisfação concreta de P_j ou da *importância* concreta da interferência em P_i e da *importância* concreta da satisfação de P_j . Sendo requisito da comparabilidade a identificação de atributos relevantes para a decisão comuns aos dois termos da comparação, o emprego das noções de intensidade ou de importância em ambos os casos é aconselhável.

11.3.1.2.2.4. Quarto passo: a fórmula do peso

Primeiro: é duvidoso que a fórmula do peso identifique realmente todos os fatores relevantes para a ponderação²⁴⁴⁵. Em contrapartida, identifica fatores que quase nunca são relevantes (como o autor reconhece).

²⁴⁴² Acrescendo que o autor não evita alguma instabilidade dos conceitos que emprega (**Sieckmann**, «Balancing...», p. 108), nem recorta devidamente ou retira as consequências adequadas do recorte de alguns conceitos. Por exemplo, há distinções a fazer entre (i) *importância* de um princípio; (ii) *grau* ou *intensidade* de interferência ou de satisfação de um princípio, (iii) *importância* de satisfação de um princípio e (iv) *peso* de um princípio num caso concreto (cfr. **Sieckmann**, «Balancing...», p. 113).

²⁴⁴³ **A Theory**..., p. 407. Esta transitividade é fácil de estabelecer sobretudo nas situações típicas de proibição do defeito. Assim, quando P_j é o que **Alexy** designa de direito protetivo, I_j representa também a intensidade dos efeitos negativos resultantes da não interferência em P_i , ou seja, o efeito da omissão de M em P_j , ou seja, a intensidade de interferência em P_j decorrente da não interferência em P_i . Cfr. «On Constitutional Rights...», p. 7.

²⁴⁴⁴ Que o conceito de intensidade da interferência é visto como idêntico a *importância concreta* evidencia-se, por exemplo, em «Die Gewichtsformel», trad. castelhana, «La fórmula del peso», *cit.*, p. 26: "o conceito de importância concreta de P_j é, como se mencionou, idêntico ao conceito de intensidade da intervenção em P_i ". Consequentemente, I_i denota a *intensidade da interferência* em P_i , mas também a *importância concreta* de P_i .

²⁴⁴⁵ **Jestaedt**, «The Doctrine of Balancing...», p. 164; **Pulido**, «On Alexy's Weight Formula», p. 108, e «The Rationality of Balancing», *cit.*

Segundo: a incorporação/referência a um modelo triádico l, m, s , pode suscitar dois tipos de observações (no essencial endereçáveis também ao modelo triádico aplicável na medição da fiabilidade das apreciações empíricas e normativas, r, p, e). Por um lado, não se fixa qual o ponto de vista e o patamar de que se parte para a fixação da leveza, moderação ou seriedade da interferência (ou da importância): vale um ponto de vista subjetivo (dos afetados/beneficiados) ou objetivo²⁴⁴⁶? E o ponto de referência é o patamar de realização existente no momento da prática do ato ou o ponto ideal máximo de realização²⁴⁴⁷?

Além disso, há quem argumente que os graus “sério”, “médio” ou “leve” não estão operacionalmente definidos e provocam dificuldades de aplicação²⁴⁴⁸. Alguns propõem a sua substituição por afirmações de comparação, de carácter ordinal²⁴⁴⁹, auxiliadas pelos termos “mais” ou “menos”²⁴⁵⁰.

Mas, por outro lado e noutra direção, nada aconselha, impõe ou sustenta, do ponto de vista constitucional, a adoção de uma estrutura triádica de atribuição de peso²⁴⁵¹. Nenhum argumento de ordem dogmática ou teórica atribui vantagem a essa estrutura em relação a outra que, por hipótese, distinguisse interferência *muito*

²⁴⁴⁶ V., por exemplo, **Moreso**, «Alexy y la Aritmética...», pp. 74-75.

²⁴⁴⁷ V., por todos, **Sartor**, «The Logic of Proportionality...», pp. 1440-1441. Os ganhos ou perdas resultantes do impacto da medida podem ser especificados de duas formas: ou se calcula o grau de aumento ou diminuição a partir do nível de realização atual do valor em causa; ou se calcula o grau de aumento ou diminuição tendo em conta o nível de realização máximo do valor que pode ser alcançado. O autor prefere a segunda opção: o impacto de uma ação na realização de um valor é dado pela proporção entre o impacto provocado pela medida e o nível máximo de realização desse valor razoavelmente atingível.

²⁴⁴⁸ **Pino**, *Derechos...*, p. 213; **Moreso**, «Conflictos...», p. 825.

²⁴⁴⁹ V., todavia, as objeções de **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 222: a adesão a uma escala ordinal obrigaria a considerar *apenas uma variável*, o peso abstrato ou o peso concreto, o que é contraditório com a intenção integracionista de diferentes variáveis que subjaz àquela fórmula.

²⁴⁵⁰ **Lindahl**, «On Robert Alexy's Weight Formula...», pp. 373-374: dizer-se que no caso x a interferência em P_i foi *maior* que a interferência em P_j seria a *genuína* ponderação (e não a classificação de séria, média ou ligeira e respetiva comparação); uma das principais observações de **Moreso**, «Alexy y la Aritmética...», p. 75, vai também no sentido da impossibilidade de definir objetivamente de que propriedade se fala quando se pretende preencher cada um dos três conceitos.

²⁴⁵¹ Sobre a escala triádica, **A Theory...**, p. 405; «The Construction...», p. 30; «Los Derechos...», p. 16. «On Constitutional Rights...», p. 8. **Alexy** admite, em tese, a possibilidade de escalas com mais graus do que a triádica simples (por exemplo, uma escala triádica dupla). Mas, em última análise, afasta-as, por excessiva complicação e dificuldade de compreensão. No caso da escala triádica dupla seria, por exemplo, difícil compreender, explicar e argumentar sobre o que é uma intensidade *lms* (levemente moderadamente séria) ou *sls* (seriamente levemente séria) ou *msl* (moderadamente seriamente leve) e assim por diante. Por isso, justifica-se adotar uma malha menos fina ou mais grosseira (**A Theory...**, p. 408).

leve, leve, moderada, séria e muito séria ou outra com menos ou mais patamares^{2452/2453}.

Terceiro: não é persuasivamente explicada a necessidade do expediente *intermédio* do recurso a uma escala de valores triádica *l, m, s*, quando o passo seguinte é a atribuição de valores numéricos a cada uma dessas magnitudes, em termos que configuram afinal uma escala cardinal.

ALEXY começa por qualificar, por exemplo, uma interferência como séria. No momento imediatamente seguinte atribui-lhe um valor de 2² ou 4. Ora, porque não atribuir logo à partida a essa interferência o peso de 4 (e a outras o peso de 2 ou o peso de 1), sem passar pelo passo intermédio, afinal desnecessário, de a qualificar como séria (ou moderada, ou leve)?

Em qualquer dos casos, a possibilidade de se atribuir a uma interferência o valor 1, 2 ou 4, com ou sem passo intermédio, teria de abrir a possibilidade de se atribuir a uma interferência o valor 4-, ou 4+, ou 2- ou 2+, etc. Por outras palavras: a possibilidade de se atribuir a uma interferência o peso 1, 2 ou 4, traria consigo, inevitavelmente, a viabilidade de atribuir os valores de 1,5, 2,5, 4,5; ou 1, 2, 4, 8, 16, ou 1, 3, 9, 27, se quiséssemos manter a progressão geométrica (não aceitando, por exemplo, a proposta de substituição da progressão geométrica 1, 2, 4, por uma progressão aritmética 1, 2, 3 ²⁴⁵⁴).

²⁴⁵² Šušnjar, *Proportionality...*, p. 128, salienta que, quando o Tribunal Constitucional alemão pondera, fica-se por escalas muito mais rudimentares, como importante/insignificante.

²⁴⁵³ Não se nega que as escalas triádicas são comuns no direito: por exemplo, o Código do Trabalho distingue entre infrações leves, graves e muito graves (artigo 553.º). Mas se as razões apresentadas pelo autor justificam o afastamento de uma escala infinitesimal ou triádica dupla (cfr. *A Theory...*, p. 413), elas não justificam, por exemplo, a rejeição de uma escala com quatro graus (leve, moderada, séria ou muito séria, *l, m, s, ms*) ou com cinco graus (muito leve, leve, moderada, séria, muito séria, *ml, l, m, s, ms*), que também se adaptam facilmente ao raciocínio jurídico. Aliás, o próprio Alexy refere-se por vezes a interferências «muito sérias» ou «extraordinariamente sérias», subindo um grau em relação a «sérias» (notando isso, G. Webber, «Proportionality, Balancing...», p. 183). Um dos aspetos a reter pode ser o seguinte: se fosse viável uma escala com mais posições do que a triádica, o alargamento do leque diminuiria as hipóteses de “empate” ou de *não desproporcionalidade*, na medida em que permitiria uma diferenciação mais fina dos graus de intensidade, de interferência ou de importância. Consequentemente, reforçaria a amplitude do controlo do juiz constitucional e diminuiria a liberdade de conformação do legislador. Esse poderia ser um argumento contra a adoção de uma escala com maior número de posições. Debruçando-se justamente sobre a possibilidade de os tribunais controlarem o âmbito da liberdade de conformação do legislador através da adoção de escalas mais ou menos finas, Rivers, «Proportionality...», pp. 184-185.

²⁴⁵⁴ Lucatuorto, «Regole...» (pp. 6-7, na versão descarregada em março de 2013 de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1158502). Lindahl, «On Robert Alexy's Weight Formula...», pp. 365 ss., demonstra que, embora essas duas hipóteses sejam mais “elegantes”,

Por vias indiretas, chegaríamos assim à pretensão de atribuir pesos cardinalmente quantificados a intervenções em direitos²⁴⁵⁵, algo que parece impossível, como o próprio ALEXY admite²⁴⁵⁶.

A quarta observação incide sobre um dos aspetos mais criticados: a atribuição diferenciada de pesos abstratos aos princípios constitucionais. Não obstante rejeitar vigorosamente uma ordem de valores abstrata²⁴⁵⁷, ALEXY admite diferenças de pesos abstratos²⁴⁵⁸.

Sem embargo, além de desconsiderar que o peso abstrato é relevante sobretudo na fase de conformação do fim e não no momento da aplicação da proporcionalidade e.s.e.²⁴⁵⁹, o modo de apuramento do peso ou importância abstrata dos princípios em colisão é menos do que claro. Isso deve-se a que assume que os pesos abstratos dos princípios colidentes são frequentemente iguais²⁴⁶⁰. Por isso, prescinde de testar e demonstrar a hipótese de não equivalência e de responder às objeções daqueles que afirmam que não há nenhuma escala de ordenação abstrata de direitos que possa ser aceite razoavelmente²⁴⁶¹.

Por outro lado, não é claro como se define o peso abstrato. Do discurso do autor extrai-se que o peso abstrato também é medido com auxílio da aplicação de uma escala triádica²⁴⁶² e não, por exemplo, através de uma classificação ordinal, de mais ou de menos (ou de maior/menor). Todavia, isso suscita problemas relevantes.

qualquer sequência de números arbitrária, desde que ordenada do inferior para o superior, seria aplicável: 1, 2, 3, 4 ou 2, 5, 9, 11 ou 1, 3, 9, 27. Cfr., porém, **Alexy**, «La formula del peso...», pp. 34 ss.

²⁴⁵⁵ **Šušnjar, Proportionality...**, pp. 211 ss., mostra, aliás, que a teoria dos princípios e a fórmula do peso requerem não apenas comensurabilidade, como também escalas cardinais, uma vez que só dessa forma é possível comparar agregações de diferentes variáveis. Quando não há uma simples comparação binária, uma escala ordinal de igual/menor não é suficiente.

²⁴⁵⁶ **A Theory...**, p. 91; cfr. a discussão em **Šušnjar, Proportionality...**, p. 219.

²⁴⁵⁷ **A Theory...**, p. 97: "deveria ficar claro que uma ordem constitucional de valores abstrata, seja cardinal ou ordinal, é inaceitável".

²⁴⁵⁸ **A Theory...**, p. 406; «La fórmula del peso», p. 35.

²⁴⁵⁹ Esta é uma divergência que assumimos e que evidenciamos *supra* no capítulo 8. Note-se que também nesse domínio a ambição de **Alexy** de descrever a jurisprudência constitucional alemã não é plenamente cumprida, uma vez que o *BVerfG* em alguns casos considera o peso abstrato justamente na fase da apreciação da legitimidade do fim: v. **Šušnjar, Proportionality...**, pp. 235-236.

²⁴⁶⁰ **A Theory...**, p. 406. Aliás, o autor reconhece que o enunciado da lei da ponderação se reporta a constelações em que os pesos abstratos são iguais: «La fórmula del peso», p. 25.

²⁴⁶¹ V., por exemplo, **Moreso**, «Alexy y la aritmética...», p. 74; **Zorrilla, Conflictos...**, p. 248; **Pirker, Proportionality...**, p. 35.

²⁴⁶² «La fórmula del peso», p. 37.

Além de não se vislumbrar base constitucional para uma ordenação que acaba por ser cardinal, fica por explicar a progressão geométrica também no caso da atribuição de peso abstrato²⁴⁶³, tal como fica por explicar como se procede à sua aplicação. Partindo de uma das poucas indicações claras, a superioridade abstrata do direito à vida sobre a liberdade geral de ação²⁴⁶⁴, deverá, por exemplo, entender-se que o direito à vida tem *sempre* um peso equivalente ao peso máximo (4), enquanto a liberdade geral de ação, os demais direitos e outros interesses coletivos não podem ir além do grau imediatamente abaixo na escala (2)? É uma hipótese intrigante, mas nenhuma alternativa resulta do trabalho do autor²⁴⁶⁵.

Quinto: como já se referiu, é insuficientemente demonstrada e justificada a opção metódica da colocação da variável *R* ao mesmo nível - e com peso equivalente na equação - que as outras variáveis (intensidade de interferência/importância e peso abstrato)²⁴⁶⁶.

Sexto: a fórmula do peso foca especificamente a relação entre a (in)certeza epistémica e a intensidade da interferência num princípio ou direito, quando interessa também a (in)certeza das premissas relativas à satisfação do outro²⁴⁶⁷.

²⁴⁶³ Cfr. essa explicação para o peso concreto em *A Theory...*, p. 410.

²⁴⁶⁴ *A Theory...*, p. 406; «La fórmula del peso», p. 23.

²⁴⁶⁵ *Supra*, no capítulo 8, 2.2.6., defendeu-se a possibilidade de atribuir a bens, interesses ou valores constitucionalmente protegidos peso ou importância *abstrata relativa prima facie*, em termos que escapam às críticas endereçáveis a *Alexy*.

²⁴⁶⁶ *Sieckmann*, «Balancing...», p. 114; *Šušnjar, Proportionality...*, p. 239 (*R* é uma questão de direito processual e não de direito substantivo, não deve ser misturada com as demais questões, que são materiais).

²⁴⁶⁷ *Rivers*, «Proportionality...», p. 181, de modo a que o fator “certeza” possa aparecer em ambos os lados da equação de ponderação, sugere: “quanto maior for a possibilidade de um princípio ser seriamente infringido, maior deve ser a possibilidade de outro princípio ser realizado num alto grau” (*ob. e loc. cit.*). Além desta proposta, que se pode considerar “interna” à própria doutrina de *Alexy*, *Rivers* sugere outra, que se insere numa estratégia de superação da neutralidade institucional, adotada por *Alexy* e criticada por *Rivers*. O papel da segunda lei da ponderação deve ser guiar os tribunais na determinação da intensidade de fiscalização, quando ela puder variar: “quanto mais séria é uma limitação de um direito, mais intensa deve ser a fiscalização realizada pelo tribunal” (*ob. cit.*, p. 187). Esta segunda lei da ponderação seria, assim, o correlato formal da primeira lei (substantiva) da ponderação. V., também, o contributo de *Pulido*, «The Rationality...», p. 20.

Sétimo: R deve ser desagregado em R^e e R^n , sendo R^e para a fiabilidade dos pressupostos empíricos ou de facto e R^n para a fiabilidade dos pressupostos normativos²⁴⁶⁸.

Oitavo: a fórmula do peso não é apropriada para reconstruir *todas* as operações de ponderação. Por norma, ALEXY recorre a exemplos em que há *um* princípio objeto de interferência e *um* princípio que é promovido. Não deixa de reconhecer, porém, que essa situação não esgota as possibilidades práticas. Há situações (porventura, as mais comuns) em que: (i) um princípio é objeto de interferência com vista à satisfação de vários; (ii) vários princípios são objeto de interferência para satisfazer vários outros; (iii) vários princípios são objeto de interferência para satisfazer outro. Pode a fórmula do peso assumir uma feição *agregativa*? Numa primeira ocasião, o autor deixou assumidamente esse ponto em aberto²⁴⁶⁹. Porém, regressou a ele posteriormente²⁴⁷⁰, discutindo a viabilidade de uma *versão alargada* e de uma *versão alargada completa* da fórmula do peso. A primeira aplicar-se-ia à situação (i). A segunda à situação (ii). A situação (iii) não é objeto de meditação (por maioria de razão, pelos motivos que, como veremos seguidamente, levam a descartar a versão alargada completa).

A *fórmula do peso alargada completa* é descartada com o fundamento de que, se P_i representasse todos os direitos afetados negativamente, isso implicaria um "holismo de direito fundamental" e prejudicaria a regra de que se deve apreciar *separadamente* cada interferência num direito fundamental. A diluição do direito numa multidão indiferenciada atingiria um grau máximo se tivessem de ser ponderados conjunta ou agregadamente todos os princípios (direitos e interesses coletivos) que fundamentam a interferência. Portanto, do lado passivo (numerador) deve estar apenas o direito afetado, constando do lado ativo (denominador) todos os princípios que justificam a intervenção²⁴⁷¹.

²⁴⁶⁸ Klatt / Meister, *The Constitutional Structure...*, p. 12. Na verdade, Alexy distingue os dois tipos de pressupostos, mas não faz refletir isso na sua fórmula do peso.

²⁴⁶⁹ *A Theory...*, p. 409, nota.

²⁴⁷⁰ «La fórmula del peso...», pp. 40 ss.

²⁴⁷¹ «La fórmula del peso...», pp. 40-41.

Ora, logo aqui se vislumbra uma primeira dificuldade da fórmula do peso, na medida em que se lhe recusa exequibilidade ou pertinência num número significativo de casos de ponderação ou de aplicabilidade da proporcionalidade e.s.e.

Mas mesmo nas situações em que é aceite a *fórmula do peso alargada*, essa aceitação é condicionada a salvaguardas que a tornam praticamente inexequível em situações em que *um* princípio/direito é objeto de uma interferência com vista à satisfação de *vários* outros, sejam direitos ou interesses coletivos. O requisito principal para a ponderação *agregada* ou *aditiva* destes últimos é que não sejam substancialmente redundantes ou que sejam materialmente diferentes²⁴⁷². Todavia, a diferenciação material estrita e a ausência de qualquer tipo de sobreposição, ainda que parcial ou até residual, é frequentemente impossível. Esta condição pode revelar-se de preenchimento problemático. Por outro lado, mesmo que seja possível ultrapassar todas essas barreiras, recortando com clareza e sem sobreposições o princípio afetado e os promovidos, a aplicação da *fórmula do peso alargada* com vista à aferição da racionalidade de decisões legislativas pode levar a resultados dececionantes²⁴⁷³.

Suponha-se a seguinte situação²⁴⁷⁴:

$$WP_{i,-n}C = \frac{IP_i C \times WP_i A \times RP_i C}{SP1C \times WP1A \times RP1C + SP2C \times WP2A \times RP2C + SP3C \times WP3A \times RP3C + SP4C \times WP4A \times RP4C}$$

$$SP1C \times WP1A \times RP1C + SP2C \times WP2A \times RP2C + SP3C \times WP3A \times RP3C + SP4C \times WP4A \times RP4C$$

Isto é, está em causa a interferência num princípio *Pi* que visa a satisfação de quatro outros, *P1*, *P2*, *P3*, *P4*. Convencionemos que a interferência em *Pi* é séria, bem como o seu peso abstrato. A fiabilidade dos fatores epistémicos é média. Para facilitar, admitamos, quanto aos demais, que todos têm um peso abstrato sério e em relação a todos a fiabilidade dos fatores epistémicos é média. O único aspeto em que há alguma diferença é na importância concreta da satisfação: a de *P1* é moderada, enquanto em relação aos três restantes é leve. Logo:

²⁴⁷² «La fórmula del peso...», p. 41.

²⁴⁷³ Refutando também a fórmula do peso alargada, Šušnjar, *Proportionality...*, p. 308.

²⁴⁷⁴ Continuamos a adaptar a fórmula de *A Theory...*, para melhor compreensão, não obstante as diferenças da expressão gráfica da fórmula do peso alargada em «La formula del peso...», p. 41.

$$WP_{i,-n}C = (4 \times 4 \times 0,5) : (2 \times 4 \times 0,5) + (1 \times 4 \times 0,5) + (1 \times 4 \times 0,5) + (1 \times 4 \times 0,5) = 0,8$$

De acordo com a fórmula alargada do peso, a interferência sobre P_i seria proporcional e.s.e.

No entanto, não parece convincente dizer-se que uma interferência séria num direito com um valor abstrato elevado é justificada por satisfações apenas moderadas ou leves de outros direitos/interesses públicos. A fórmula do peso não é capaz de refletir os vários tipos de relações e de interdependências que se podem estabelecer entre vários princípios, quer do lado ativo, quer do lado passivo, e de resolver os problemas teóricos e práticos daí resultantes. A versão agregativa ou aditiva da fórmula do peso concebida por ALEXY não parece produzir resultados credíveis.

Em alternativa, poderíamos tentar calcular um *valor médio* dos direitos/interesses públicos prosseguidos. Mas não se vislumbra qualquer argumento jusfundamental em que se possa alicerçar esse exercício.

A fórmula do peso revela-se, assim, imprestável, inexequível ou inadequada para expressar uma classe importante de casos de ponderação. O seu horizonte não vai além das situações *bilaterais*, sendo imprestável nos casos *multilaterais* ou *poligonais*, para os quais o modelo de ponderação subjacente tem, manifestamente, de ser outro.

11.3.1.2.3. Saldo entre os aspetos positivos e as críticas

Entre análise de custo-benefício ou deliberação meramente "calculativa", que se limite a escolher a opção que representa uma maior (ou menor) quantidade de unidades de valor²⁴⁷⁵ e ponderação há diferenças. Por exemplo, imagine-se que o legislador tem de decidir se o efeito positivo da promoção da liberdade de circulação de 20 000 pessoas justifica o efeito negativo da coartação da liberdade de circulação de 100 000 pessoas. Nesse caso, estão preenchidos os elementos

²⁴⁷⁵ Chang, «Introduction», p. 19.

essenciais da comensuração: os "custos" (coartar a liberdade de circulação de 100 000 pessoas) e os "benefícios" (garantir a liberdade de circulação de 20 000) podem ser quantificados através de uma unidade métrica comum, e comparados (no caso, até comensurados)²⁴⁷⁶. Se a deliberação de afastar (ou invalidar) a hipótese de limitar a liberdade de circulação de 100 000 para garantir a de 20 000 se basear simplesmente no critério *número de afetados*, isto é, se não houver outros critérios a atender, a racionalidade da decisão está garantida.

Esta situação é a que se aproxima mais da ideia da justiça como *balança*: em cada um dos pratos coloca-se uma das grandezas a contrapesar, limitando-se o decisor a constatar, sem nenhuma intervenção das suas apreciações ou escolhas subjetivas, o resultado. Todavia, nesse caso, a racionalidade não resulta da realização de verdadeira ponderação²⁴⁷⁷, mas sim de uma *resposta técnica* que se sucede a uma análise de custo-benefício²⁴⁷⁸. Estas deliberações, baseadas na argumentação e raciocínio técnicos e na comensurabilidade, são frequentemente importantes para o direito. Nestes casos, uma opção pode ser preferida, adotada e prosseguida sem qualquer ponderação ou *escolha*, no sentido forte, entre duas opções²⁴⁷⁹. Num registo diferente, mas circunstancialmente confluyente, WEBBER nota que, nesse caso, não há necessidade de escolha e, assim, não há lugar para argumentação (*moral reasoning*). A razão técnica (racionalidade *techné*) exaure o problema, *determinando* uma solução²⁴⁸⁰. Não é necessária verdadeira ponderação. Este é um dos motivos

²⁴⁷⁶ Sobre os passos "técnicos" da comensuração, v. **Finnis**, «Commensuration...», p. 219.

²⁴⁷⁷ Nesse sentido, **Klatt/Meister**, *The Constitutional...*, p. 65.

²⁴⁷⁸ Cfr. **Bix**, «Dealing with Incommensurability...», pp. 1652-1653, nota que estes casos conduzem à paradoxal conclusão de que são as situações de incomensurabilidade que pedem decisão e julgamento racional, uma vez que as de comensurabilidade não necessitam de julgamento e poderiam ser decididas por um *robot*; **Finnis**, «Natural Law...», p. 146; «Commensuration...», p. 219: nesse domínio técnico, a comensuração é possível porque (i) os fins estão bem definidos; (ii) os custos podem ser comparados através de uma unidade de valor bem definida (dinheiro, por exemplo); (iii) os benefícios podem ser quantificados através da mesma unidade de valor, de modo a fazê-los comensuráveis; e (iv) as diferenças entre os meios alternativos, para além dos seus custos e benefícios mensuráveis e dos demais aspetos da sua eficiência como meios, não são vistas como significativas.

²⁴⁷⁹ **Finnis**, «Commensuration...», p. 224.

²⁴⁸⁰ **Webber**, *The Negotiable...*, pp. 96-97. Na ponderação há *escolha* no sentido mais forte do termo e apelo a razões justificadoras morais, enquanto na deliberação técnica não parece haver necessidade de *escolha* num sentido forte e moralmente relevante: cfr. **Finnis**, «Commensuration...», p. 224.

por que aquilo que designamos por proporcionalidade quantitativa fica fora da órbita da proporcionalidade moderna: falta-lhe a componente de verdadeira e própria ponderação²⁴⁸¹.

Já se os fatores mensuráveis fossem apenas um dos componentes a que se agregassem outros não mensuráveis (por exemplo, a absoluta necessidade de, através da medida, garantir condições essenciais de vida dos 20 000, não se colocando a mesma questão para os 100 000), o processo de deliberação teria de ser outro, incorporando outras componentes: desde logo, a argumentação dos direitos. Esse sim, é o campo próprio da ponderação.

Certamente o projeto científico de ALEXY não aposta abertamente numa formalização integral da ponderação que elimine ou dilua significativamente as diferenças entre ponderação e deliberação meramente "calculativa". Não há a intenção de propor uma fórmula integralmente matematizada, baseada na simples computação de vantagens e desvantagens redutíveis a grandezas numéricas. Todavia, pretende pelo menos conceber uma fórmula que, através de formalização matemática *parcial*, reduza os fatores de imponderabilidade ou de imprevisibilidade da ponderação.

No entanto, esse desiderato parece inconciliável com a incomensurabilidade dos fatores a ponderar e com a textura essencial do *moral reasoning*, que são indissociáveis da ponderação. Essa circunstância é a causa principal de não haver praticamente nenhuma componente do modelo de ALEXY que fique isenta de críticas ou não requeira ajustamentos relevantes. Como fórmula heurística e de reconstrução padronizada de um *iter* decisório, geradora de transparência e aferidora da coerência, pode ter utilidade. Como modelo normativo, não serve.

Em todo o caso, a impossibilidade de reconduzir a ponderação a um modelo minimamente reproduzível através de uma fórmula matemática e de algarismos não condena a ponderação à irracionalidade²⁴⁸².

²⁴⁸¹ V. *infra*, capítulo 24.

²⁴⁸² Coincidente, **Sieckmann**, «Balancing...», p. 116.

11.3.2. O modelo de deliberação coerente de Susan Hurley

Outra proposta de formalização da ponderação e, mais radicalmente do que ALEXY, de criação de condições para que a ponderação seja instrumental ao objetivo de extrair do sistema uma norma, com ele coerente, suscetível de aplicação dedutiva, foi desenvolvida por SUSAN HURLEY no final da década de 1980²⁴⁸³. O modelo de deliberação (ou ponderação) coerente tem especial interesse no contexto do controlo judicial da constitucionalidade de leis e dos litígios judiciais sobre direitos, sendo dificilmente aplicável à ponderação realizada pelo legislador no exercício do poder de fazer leis.

Em caso de conflito entre várias alternativas de decisão, sustentadas por razões diferentes, HURLEY defende que é necessário criar condições para produzir uma decisão coerente com o sistema. O objetivo do decisor deve ser (a teoria tem um carácter normativo) delimitar o problema, as alternativas de decisão, as razões que sustentam cada uma das decisões e os argumentos que dão força a cada uma dessas razões, analisar como é que essas razões e argumentos funcionaram em outros casos ou poderiam funcionar em situações hipotéticas e elaborar uma teoria que *coerentemente* explique o modo como as razões que sustentam cada uma das alternativas se interrelacionaram nesses outros casos. Dessa teoria explicativa poderá então extrair-se uma conclusão sobre quais as razões que assumem maior peso no caso que suscita o episódio de *deliberation*, optando pela alternativa de decisão/ação que é *all things considered* favorecida por essas razões e *coerente* com a teoria elaborada. As razões elegíveis para sustentar uma alternativa de ação com efeitos jurídicos ultrapassam o quadro das fontes sociais do direito numa perspetiva estritamente positivista²⁴⁸⁴: HURLEY fala indiscriminadamente de posições doutrinárias, precedentes, direitos, princípios, políticas, tal como expressos através da prática jurídica e das instituições²⁴⁸⁵.

²⁴⁸³ *Natural Reasons*..., pp. 201 ss.; *idem*, «Coherence...», *cit.* Este modelo seria seguido por **Brian Barry** (*Political Argument*, 2.^a ed., New York, Harvester, 1990), **Hillel Steiner** (*An Essay of Rights*, Oxford, Cambridge Mass., Blackwell, 1994), por **Sieckmann** («Zur Struktur...», *cit.*) e muitos mais.

²⁴⁸⁴ O que suscita reação de quem adota uma perspetiva metodológica positivista, mesmo quando se trata de aderentes à orientação de **Hurley**: v., por exemplo, **Zorrilla**, *Conflictos*..., pp. 255 ss.

²⁴⁸⁵ **Hurley**, «Coherence...», p. 223.

O modelo que HURLEY constrói para atingir estes objetivos está muito longe de ser um processo mecânico. Recorre a processos racionais, mas também a capacidades imaginativas, sensibilidade e intuição desenvolvidas através de exposição, familiaridade e participação nas práticas jurídicas²⁴⁸⁶.

A estrutura teórica do modelo assenta em vários estádios de ponderação/deliberação.

Primeiro, *especificação do problema* e de quais as alternativas de resposta, quais as razões práticas específicas que sustentam cada uma delas e de que forma as alternativas são sustentadas e hierarquizadas à luz de tais razões práticas²⁴⁸⁷. As razões resultam da interpretação do conjunto do direito entendido como um todo coerente (*deliberation* é também interpretação)²⁴⁸⁸.

Segundo, havendo conflito entre as razões práticas relevantes aplicáveis, *análise fina* dessas razões²⁴⁸⁹. Não é clara, porém, a diferença entre o primeiro e o segundo estágio. Uma descodificação possível do pensamento da autora consiste em entender que, no primeiro passo, as razões a que alude são as normas jurídicas aplicáveis (o direito positivo em sentido mais estrito), enquanto no segundo se aprofundaria a descoberta das razões subjacentes àquelas (finalidades, valores morais e outras considerações)²⁴⁹⁰. Essa interpretação atribui algum significado útil à distinção proposta pela autora entre primeira e segunda fase, mas na verdade não resulta diretamente dos textos.

Terceiro, *análise e recolha de informação* sobre outros casos a que se apliquem as razões conflitantes apreciadas no passo anterior. Interessam casos estabelecidos, tenham eles sido resolvidos efetivamente, ou tenham sido colocados de forma hipotética²⁴⁹¹.

Quarto, o coração do processo deliberativo/ponderativo, *formulação de hipóteses explicativas*. Tendo em conta casos identificados no passo anterior, formulam-se

²⁴⁸⁶ Hurley, *Natural Reasons...*, p. 211.

²⁴⁸⁷ Hurley, «Coherence...», p. 223.

²⁴⁸⁸ Hurley, *Natural Reasons...*, pp. 211-212.

²⁴⁸⁹ *Idem*, p. 212.

²⁴⁹⁰ Assim, Zorrilla, *Conflictos...*, p. 255.

²⁴⁹¹ Hurley, «Coherence...», p. 224.

hipóteses sobre as relações entre as diferentes razões conflitantes. Pretende-se identificar todas as circunstâncias ou dimensões distintivas que aumentam ou diminuem o peso de cada uma das razões conflitantes em relação às demais. As hipóteses de explicação das relações e dos pesos das razões são confrontadas com os casos isolados no terceiro estágio, efetuando-se um processo de vai e vem entre os estádios 2, 3 e 4, afinando gradualmente as hipóteses teóricas até se chegar *a uma* que explique coerentemente as relações entre as razões conflitantes e os respetivos pesos²⁴⁹².

Quinto, definem-se as implicações da teoria que se tiver estabelecido no caso que estiver em apreciação. Tendo em conta as circunstâncias em que as razões adquirem pesos relativos maiores ou menores, define-se o que o direito, tudo considerado e garantida a coerência, determina para o caso que estiver a ser objeto de decisão²⁴⁹³. Trata-se de um modelo de ponderação distinto do modelo da proporcionalidade e.s.e.

Sem necessidade de avançar, por enquanto, as variáveis que neste são ponderadas, pode assentar-se que o centro do processo ponderativo são *duas variáveis* que se contrapõem ou colidem e o peso que adquirem atendendo às *circunstâncias concretas*. Diferentemente, o modelo coerentista de HURLEY incide *nas razões* que sustentam as várias alternativas e promove a ponderação do seu peso num contexto mais vasto e mais plural, que vai além da consideração das circunstâncias do caso concreto.

Pode dizer-se que, do ponto de vista metódico, o modelo da proporcionalidade e.s.e. corre maior risco de conclusões *particularistas*, enquanto o modelo de HURLEY é mais suscetível de criar conclusões *universalistas*²⁴⁹⁴ ou universalizáveis: as resoluções sobre casos reais ou hipotéticos não esgotam o seu influxo nesses casos, uma vez que serão consideradas a propósito da resolução de casos supervenientes.

²⁴⁹² Hurley, *Natural Reasons...*, pp. 213-215; *idem*, «Coherence...», p. 224.

²⁴⁹³ Hurley, *Natural Reasons...*: v. a matriz proposta na p. 216.

²⁴⁹⁴ Cfr. Zorrilla, *Conflictos...*, p. 272. Sem fundamentar, o autor sustenta também que o modelo de Hurley tem a vantagem de se aplicar uniformemente às situações de controlo judicial da constitucionalidade de normas legislativas e de queixas constitucionais, enquanto a proporcionalidade teria de sofrer ajustamentos e adaptações consoante se tratasse de um de outro caso (*ob. cit.*, p. 272).

Por outro lado, sublinha-se que o modelo de HURLEY permite (exige) um maior grau de especificação das propriedades, atributos ou circunstâncias que são relevantes para a ponderação, superando assim algum déficit de especificação do que se deve entender por “circunstâncias concretas”, por vezes assacado a autores como ALEXY e outros²⁴⁹⁵.

Neste modelo sobressaem dimensões que são aproveitáveis para um aperfeiçoamento conceptual, metodológico e normativo da proporcionalidade e.s.e. Por exemplo, a procura de coerência dentro do sistema e de fuga ao particularismo (de que ALEXY é acusado por alguns setores), procurando racionalidade e previsibilidade, através de decisões que não correm o risco de desproporcionalidade, justamente por resultarem de um equilíbrio gerado de acordo com o sistema.

Apesar de a autora falar de vários tipos de razões – dedutivas, práticas, teóricas²⁴⁹⁶ –, o *raciocínio dedutivo*, que retira conclusões das premissas, predomina. Também não há a noção de peso concreto de um princípio, aferido *ad hoc* nas circunstâncias concretas. A prioridade a atribuir no caso concreto a princípios e a razões práticas que os sustentam resulta da ponderação de vários argumentos que o direito e o *case law* anterior fornecem.

11.4. A identificação de um valor de cobertura

Com base nos quadros conceptuais desenvolvidos pela filosofia prática, que evidenciam a diferença entre (in)comensurabilidade e (in)comparabilidade, sustenta-se que a racionalidade da ponderação se assegura com a comparabilidade. Não é imprescindível a comensurabilidade²⁴⁹⁷.

Requisito da comparabilidade é a identificação de um *tertium comparationis* ou de um *covering value*, isto é, um atributo comum às duas ou mais magnitudes que permita a comparação entre elas. Essas magnitudes são eventualmente

²⁴⁹⁵ *Idem*, p. 268.

²⁴⁹⁶ *Idem*, p. 217.

²⁴⁹⁷ V., por todos, Virgílio Afonso da Silva, «Comparing the Incommensurable...», pp. 282 ss.

incomensuráveis em abstrato, mas a razão prática é capaz de identificar termos de comparação.

Vários autores têm ensaiado a definição de um atributo comum que permita a comparação, designadamente ALEXY, BARAK, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, BEATTY²⁴⁹⁸, mas não só²⁴⁹⁹. As estratégias variam. Focaremos apenas algumas.

11.4.1. O meio caminho entre comparabilidade e comensurabilidade

Como vimos, para ALEXY a ponderação coloca em confronto a intensidade da interferência num princípio e a importância da satisfação de outro nas circunstâncias concretas do caso, medidas de acordo com uma escala triádica (leve, moderado, sério, cfr. *supra*). Esta escala permite a classificação da intensidade de interferência e da importância de satisfação, na perspetiva de cada princípio *em si mesmo considerado*²⁵⁰⁰.

A aplicação da escala triádica na valoração da intensidade de interferência e da importância da satisfação seria comandada pelo (e concretizaria o) *ponto de vista extraído da constituição*. O autor mostra-se ciente de que o eventual desacordo sobre o resultado da ponderação não desaparece por completo. Todavia, o desacordo centra-se sobre a adequação ou correção do ponto de vista deduzido da constituição (e, em última análise, sobre a interpretação da constituição) e não sobre a racionalidade da ponderação²⁵⁰¹.

Ora, esta proposta de ALEXY deixa dúvidas sobre a intenção real que lhe subjaz: tendo em mente os sentidos antes expostos, visa ela viabilizar um simples esquema de *comparabilidade* ou ir mais longe, criando um sucedâneo de *comensurabilidade*? Em boa verdade, parece ficar a meio caminho. Por um lado, avança com aquilo que pode ser considerado um *tertium comparationis*, o ponto de vista constitucional. Por

²⁴⁹⁸ *The Ultimate...*, p. 93.

²⁴⁹⁹ V., por exemplo, Ekins, «Legislating Proportionality», pp. 357 ss.

²⁵⁰⁰ V. Klatt / Meister, *The Constitutional Structure...*, p. 62.

²⁵⁰¹ V. Alexy, «On Balancing...», p. 442; concordante, Currie, «Balancing...», p. 262.

outro, serve-se de uma escala triádica convertível em unidades numéricas que permitem criar um simulacro de escala métrica comum aplicável individualmente a cada uma das grandezas medidas e, conseqüentemente, de comensurabilidade.

Ora, a construção é passível de reparos em ambos os vetores.

A comparação entre as magnitudes relevantes com recurso a uma escala triádica que permita valorar a intensidade de interferência num princípio e a importância de satisfação do outro de acordo com um *ponto de vista* unificador extraído da constituição vai longe de mais de um certo ponto de vista, mas fica aquém do exigível de outro ponto de vista. Vai longe demais quando concebe uma escala triádica que nenhuma constituição (designadamente a portuguesa) incorpora e quando exige faculdades cognitivas para aplicação dessa escala triádica (designadamente, a classificação de um *item* como leve, moderado ou sério) que muitas vezes inexistem e, na verdade, são desnecessárias, uma vez que as decisões requerem normalmente apenas uma ordenação entre maior e menor ou entre iguais. Fica aquém do exigível porque aposta no *critério do ponto de vista constitucional*, critério vago e latíssimo que pouco adianta na especificação do que está em causa quando se pretende comparar intensidades de interferência e graus de importância. Para delimitar um efetivo critério de comparação é necessário ir mais longe e mais fundo nessa especificação.

Se, mais do que comparabilidade, há intenção de criar condições semelhantes à comensurabilidade, valem outras considerações. A medição dos graus de interferência num princípio e de importância de satisfação do outro de acordo com o ponto de vista extraído da constituição não resolve o problema da comensurabilidade, uma vez que a aplicação desse critério envolve considerações que são elas próprias incomensuráveis²⁵⁰². A aplicação da escala triádica não proporciona verdadeira comensurabilidade, nem dos princípios colidentes, nem da interferência ou da satisfação²⁵⁰³. Em última análise, a interferência e a importância da satisfação são medidas na perspectiva do *sentido* e *alcance de cada um dos princípios* isoladamente considerados e *não de uma real métrica comum* aos dois.

²⁵⁰² V. **Endicott**, «Proportionality...», p. 8; «Proportionality and Incommensurability», p. 318 (“identificar um critério único não elimina a incomensurabilidade se a aplicação desse critério depender de considerações que são elas próprias incomensuráveis”); **Urbina**, «A Critique...», p. 56.

²⁵⁰³ Cfr. **Webber**, «Proportionality, Balancing...», p. 196; *idem*, **Negotiable...**, p. 92.

Isso conduz a que não seja possível concluir com objetividade que uma interferência leve (ou moderada ou séria) num princípio é, ou não é, equivalente à importância de satisfação leve (ou moderada ou séria) de outro.

11.4.2. A comparabilidade com base no critério da importância social

BARAK entende que os bens interesses ou valores podem ser comparados de acordo com um denominador comum. A sua proposta é um *standard* qualitativo: a importância social marginal. A aplicação da proporcionalidade em sentido estrito consiste na valoração da importância social marginal de preencher o interesse público e da importância social marginal em prevenir o mal para o direito fundamental e na respetiva ponderação²⁵⁰⁴.

Também esta proposta não resolve o problema da incomensurabilidade²⁵⁰⁵, mas, diferentemente de ALEXY, não parece que o autor israelita tenha qualquer pretensão de criar condições artificiais de comensurabilidade. Por outro lado, sendo certo que quanto mais precisa for a definição do atributo comum, maior será a possibilidade de deliberação racional²⁵⁰⁶, o contributo de BARAK é um passo no sentido da maior maneabilidade. Pode ainda ser acusado de excessiva vaguidade²⁵⁰⁷. Porém, em menor escala que o de ALEXY.

11.4.3. A comparabilidade com base no critério da importância atribuída pelos interessados

No quadro da sua conceção pragmática da proporcionalidade (ou *proporcionalidade pragmática*), BEATTY foge à questão da incomensurabilidade propondo que se compare, na base de dados empíricos, os graus de importância da afetação dos

²⁵⁰⁴ Barak, «Proportionality and Principled...», pp. 15-16; *idem*, *Proportionality...*, pp. 482 ss.

²⁵⁰⁵ Urbina, «A Critique...», p. 56.

²⁵⁰⁶ Virgílio Afonso da Silva, «Comparing the Incommensurable...», p. 284.

²⁵⁰⁷ Urbina, «A Critique...», p. 56.

interesses das partes, de acordo com as próprias perspectivas destas: “o trabalho do juiz que testa esta dimensão da proporcionalidade é avaliar qualquer evidência empírica bruta que lance luz sobre a questão de quão significativa é a lei para aqueles que ela mais afeta. Mais do que avaliar os interesses competidores em jogo contra qualquer padrão ou princípio externo, os juízes tentam avaliar o entendimento próprio das partes afetadas sobre quão significativa é para elas a lei testada”²⁵⁰⁸. O juiz compararia, então, objetivamente a importância da afetação dos interesses de cada uma das partes, com base nas próprias apreciações das partes e não em elementos comparativos comuns.

11.5. A complementaridade de uma teoria substantiva constitucionalmente conforme

Os esquemas que sujeitam a ponderação a maior formalidade e transparência, como a lei da ponderação, a fórmula do peso e outros menos elaborados ou menos ambiciosos, ilustram e sistematizam as premissas em que ela assenta e o trajeto para chegar a uma conclusão, tornando menos opaco o que o legislador e o tribunal têm de ponderar e justificar. Todavia, não resolvem a questão fulcral do critério ou critérios materiais que permitem atribuir peso e importância às variáveis ponderadas. Aqueles esquemas cuidam da justificação interna - *a relação lógica* entre uma conclusão, uma asserção ou um juízo e premissas pré-dadas, como sucede no silogismo jurídico próprio da subsunção -, mas nada adiantam sobre a justificação externa. A justificação externa assenta *na verdade ou correção* das premissas pré-dadas. É por aí que pode entrar o raciocínio moral²⁵⁰⁹. Para isso, tem de se realizar um exercício de raciocínio prático, para o qual o decisor tem de recorrer a uma ou várias *teorias substantivas* - da justiça, dos direitos, da democracia, da constituição, do interesse coletivo -, que lhe permitam atribuir pesos e avaliar intensidades, de modo a que expresse um determinado entendimento dos

²⁵⁰⁸ *The Ultimate...*, p. 93.

²⁵⁰⁹ V. Alexy, *Teoria de la argumentacion juridica*, pp. 214 ss.; Klatt / Meister, *The Constitutional Structure...*, p. 54.

direitos e da sua relação entre si e com os demais interesses da comunidade²⁵¹⁰. Como técnica axiologicamente neutral, a ponderação não incorpora uma específica teoria substantiva da justificação externa. Todavia, não passa sem a complementação por uma (ou várias, que formem um todo coerente)²⁵¹¹.

²⁵¹⁰ **Kumm**, «Political Liberalism...», p. 148.

²⁵¹¹ Cfr. **Alexy**, «Thirteen replies...», p. 344.

Dezoito

PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

1. Razão de ordem

No capítulo anterior começámos por tomar posição sobre a relação entre ponderação e proibição do excesso e, mais especificamente, entre ponderação e proporcionalidade e.s.e., mostrando que esta se materializa através de uma *específica* operação de ponderação (em sentido bilateral ou plurilateral). A ponderação como instrumento geral de deliberação é o *género*, de que a ponderação própria da proporcionalidade e.s.e. é uma *espécie*.

Nessa perspetiva, optou-se por percorrer os temas gerais que o *género* ponderação envolve (por vezes recorrendo já à elaboração em torno da proporcionalidade e.s.e., na medida em que esta suscite questões que a transcendem).

Foram elencados os vários objetos e objetivos possíveis da ponderação.

Apresentaram-se e discutiram-se os argumentos *contra* a ponderação, designadamente os que sustentam a impossibilidade de produzir resultados objetivos e racionais e a sua indesejabilidade à luz de certas teorias democráticas, dos direitos, da justiça e da constituição. Foi analisada a questão da incomensurabilidade dos atributos ou propriedades objeto de deliberação prática, derivada do pluralismo valorativo próprio de uma comunidade política plural, como objeção intransponível à possibilidade de ponderação objetiva e racional, tal como foram criticamente analisadas algumas hipóteses alternativas de deliberação prática sem ponderação, concluindo-se pela sua incapacidade de responder a todas as situações dilemáticas.

Entendendo-se que a ponderação, não só é insubstituível em certos domínios da razão prática, como pode ser realizada de forma objetiva e racional de modo a

produzir resultados objetivos e racionais, estudaram-se algumas das condições para que isso possa ocorrer. Nessa medida, apresentou-se o conceito de comparabilidade como condição básica de ponderação; admitindo-se como desejável, do ponto de vista da certeza e previsibilidade, alguma formalização da ponderação, analisaram-se propostas nesse sentido, refutando-se, porém, aquilo que elas induzem em termos de formalização excessiva; aludiu-se a algumas propostas de critério de medida a usar na ponderação.

Deixou-se, finalmente, indiciado que, sendo a ponderação uma técnica axiologicamente neutral, é vital que a teoria da ponderação seja complementada por uma teoria substantiva da justiça, dos direitos e do interesse público, que permita, designadamente, a justificação externa das valorações e do contrapeso efetuados.

Sabe-se já que o segmento da adequação visa evitar que se produzam efeitos negativos sem que se produzam concomitantemente efeitos positivos, isto é, que o saldo entre efeitos negativos e positivos de uma solução considerada pelo legislador ou controlada pelo juiz constitucional seja liminarmente negativo por ausência de qualquer efeito positivo; e que o segmento da necessidade visa obstar a que os efeitos negativos sejam mais extensos do que têm de ser, tendo em conta os efeitos positivos que o legislador projeta alcançar.

Cumprido de seguida estudar os traços específicos que caracterizam a ponderação própria do segmento da proporcionalidade e.s.e., como máxima ponderativa numa perspetiva essencialmente concreta²⁵¹². Começaremos pelo seu objeto.

2. O objeto da proporcionalidade e.s.e.

Quando tratámos da adequação e da necessidade, iniciámos os respetivos capítulos com definições de meio adequado e de meio necessário. Não poderemos fazer o mesmo a propósito da proporcionalidade²⁵¹³, uma vez que temos de tratar previamente de um tema sobre o qual não há consenso: o do objeto do juízo ponderativo inerente à proporcionalidade e.s.e. Uma das observações críticas mais frequentemente dirigidas à proporcionalidade e.s.e. ou, mais precisamente, às suas

²⁵¹² V. **Grabitz**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», p. 576.

²⁵¹³ A definição de meio proporcional e.s.e. é ensaiada *infra*, número 3 deste capítulo.

estrutura e *modus operandi*, é que não é claro o que se pondera²⁵¹⁴. Consequentemente, o primeiro desafio a enfrentar é a determinação do *objeto do juízo ponderativo*.

Basta percorrer algumas propostas representativas da doutrina e da jurisprudência para verificar a falta de consenso sobre o que é colocado em cada um dos "pratos da balança":

- (i) a intensidade da restrição provocada pelo meio e o peso das razões que falam a favor do fim estatal²⁵¹⁵;
- (ii) o peso do argumento que suporta a aplicação de um princípio e o peso do argumento que suporta a aplicação de outro princípio²⁵¹⁶;
- (iii) o meio e o fim²⁵¹⁷;
- (iv) os benefícios ganhos com o preenchimento do fim prosseguido e os males causados aos bens, interesses ou valores sacrificados²⁵¹⁸;
- (v) os custos e os benefícios²⁵¹⁹;
- (vi) a relação concretamente existente entre a carga coativa decorrente da medida adotada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar²⁵²⁰;
- (vii) o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela prosseguido²⁵²¹;

²⁵¹⁴ **Tsakyrakis**, «Proportionality...», p. 470; esta observação é partilhada, aliás, por adeptos da proibição do excesso: assim, **Möller**, «Proportionality...», p. 715.

²⁵¹⁵ **Clérico**, *El examen...*, pp. 165 ss., com identificação de várias formulações tiradas da jurisprudência alemã (p. 171); não difere muito **Veel**, «Incommensurability...», p. 179: razões para limitar um direito e razões para o proteger no caso concreto.

²⁵¹⁶ **Lindahl**, «On Robert Alexy's Weight Formula...», p. 355.

²⁵¹⁷ **Emiliou**, *The Principle...*, p. 32; **Heusch**, *Der Grundsatz...*, p. 42.

²⁵¹⁸ **Barak**, *Proportionality...*, p. 340.

²⁵¹⁹ **Rivers**, «Proportionality...», p. 200; fórmula assimilável é a de prejuízos e benefícios, usada, por exemplo, por **Van Drooghenbroeck**, *La Proportionnalité...*, p. 345.

²⁵²⁰ Acórdão n.º 632/08 do Tribunal Constitucional, n.º 11.

²⁵²¹ **Novais**, *Os princípios...*, p. 163. Noutro passo, referindo-se especificamente às situações em que está em causa o controlo de medidas restritivas da liberdade, diz que os dois termos da relação são a importância ou premência do fim que se pretende alcançar e, do outro lado, a gravidade do sacrifício que se impõe (*ob. cit.*, p. 179); em **Direitos...**, p. 129, a entoação é ligeiramente mais próxima das versões construídas com inspiração nas teorias económicas do direito: os custos e os benefícios ou vantagens resultantes de uma medida legislativa. Há também referências à ponderação da relação meio-fim, na sua dimensão material, valorativa.

- (viii) os princípios constitucionais simultaneamente aplicáveis²⁵²²;
- (ix) os interesses colidentes²⁵²³;
- (x) a relação entre as necessidades do indivíduo e as necessidades da comunidade como um todo²⁵²⁴;
- (xi) o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio e a importância da satisfação de outro²⁵²⁵;
- (xii) a importância da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim legislativo²⁵²⁶;
- (xiii) a importância social do benefício marginal ganho através da lei restritiva e a importância social de prevenir o dano marginal do direito no momento do conflito²⁵²⁷;

²⁵²² **Morais, Curso...**, II, 2, p. 674. Por outro lado, embora **Alexy** explicita, através da lei da ponderação, que são contrapesados o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio e a importância da satisfação de outro, quer ele quer alguns dos adeptos da teoria dos princípios por vezes apontam para a ponderação *dos próprios princípios*. Isso é claro, por exemplo, quando **Virgílio Afonso da Silva**, «Teoria de los principios, competencias para la ponderación...», p. 248, explica que os princípios formais - como o da competência decisória do legislador - devem ser incluídos no processo de ponderação juntamente com os princípios materiais concretamente colidentes.

²⁵²³ **Van Gerven**, «The Effect of Proportionality ...», p. 58. Próxima pode ser considerada a proposta de definição de **M. Jakobs, Der Grundsatz...**, p. 98: "o juízo de proporcionalidade aprecia as relações entre todos os bens jurídicos atingidos de modo agressivo (*eingriffswise*) e todos os bens jurídicos beneficiados de forma impulsionadora (*forderungsweise*) através de um determinado comportamento, tomando em consideração o grau e a duração da agressão e da impulsão, com base na previamente definida estrutura valorativa constitucional, de modo a declarar aquele comportamento como juridicamente duvidoso (desproporcional) ou não duvidoso (proporcional)"; **Möller**, «Proportionality...», p. 715, distingue dois tipos de ponderação (*balancing*) jusfundamentalmente relevantes, um dos quais é a ponderação de interesses realizada "de acordo com a análise custo-benefício".

²⁵²⁴ **Brady, Proportionality...**, pp. 51, 56 ss., referindo-se à jurisprudência britânica sobre o segmento do "*overall balance*", sucedâneo da proporcionalidade e.s.e.

²⁵²⁵ Tal como resulta da várias vezes referida "lei de ponderação" de **Alexy, Theorie...**, pp. 146, 270 e ss., e vários outros locais; **A Theory...**, p. 401.

²⁵²⁶ **Pulido, El principio de proporcionalidad...**, p. 764.

²⁵²⁷ É a fórmula proposta por **Barak, Proportionality...**, p. 349. Com base nela, o autor formula a seguinte regra básica de ponderação (*basic balancing rule*): "Quanto mais alta for a importância social da prevenção do dano marginal do direito constitucional em causa e quanto mais alta a probabilidade de tal dano marginal ocorrer, maior importância social, maior urgência e maior probabilidade de realização devem ter os benefícios marginais criados pela lei limitadora, seja para o interesse público, seja para outros direitos constitucionais" (tradução do inglês adaptada). A filiação nas leis do *balancing* de **Alexy** é clara, embora a de **Barak** densifique mais alguns critérios de decisão, designadamente introduzindo a noção de danos e de benefícios marginais e de importância social a eles atribuída.

- (xiv) a seriedade da interferência e a importância e urgência dos fatores que a justificam²⁵²⁸;
- (xv) o fim prosseguido e a gravidade da intervenção²⁵²⁹;
- (xvi) o dano para os indivíduos e o ganho para a comunidade²⁵³⁰;
- (xvii) a tutela adicional de um bem, interesse ou valor conseguida com o meio em comparação com a situação anterior e o dano adicional ao bem, interesse ou valor gerado pela medida²⁵³¹;
- (xviii) a relação entre acréscimo marginal do benefício obtido e o decréscimo marginal de liberdade imposto pelo meio adotado, em comparação com a situação existente ou outra hipótese alternativa²⁵³²;
- (xix) os efeitos e o objetivo²⁵³³;
- (xx) os efeitos benéficos da limitação do direito e os efeitos perniciosos dessa limitação²⁵³⁴.

Nenhuma destas propostas é dramaticamente errónea, mas a quase todas se podem dirigir reparos.

2.1. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de razões ou argumentos?

Em alguns casos as formulações são demasiado abrangentes, correndo virtualmente o risco de cobrir todo e qualquer tipo de ponderação, falhando, por

²⁵²⁸ **Dieter Grimm**, «Proportionality ...», p. 393.

²⁵²⁹ **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 513.

²⁵³⁰ **Emiliou**, *The Principle...*, p. 32.

²⁵³¹ **Barak**, *Proportionality...*, p. 341, citando uma decisão do Supremo Tribunal de Israel.

²⁵³² **Novais**, *Direitos...*, pp. 132-133.

²⁵³³ *R v Oakes* (Canadá, 1986); **Réaume**, «Limitations on Constitutional Rights...», p. 5; **Huscroft / Miller / Webber**, «Introduction...», in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the rule of law...*, p. 2.

²⁵³⁴ **Huscroft / Miller / Webber**, «Introduction...», in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the rule of law...*, p. 2. Na jurisprudência constitucional, centra-se também na noção de efeitos o acórdão n.º 187/01: cuida-se que a «intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação "calibrada" – de justa medida – com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis».

isso, o objetivo de captar as características específicas da ponderação realizada para aferição da proporcionalidade e.s.e. Quando se fala da ponderação de *razões* ou de *argumentos*, como em (i) e (ii), está-se a aludir a uma modalidade mais ampla de ponderação, aquela que visa decisões racionais, isto é, baseadas no peso de razões e argumentos. Toda a ponderação que vise possibilitar uma decisão racional traduz-se na tentativa de atribuição de peso a razões ou argumentos, embora nem toda a ponderação de razões ou argumentos gere necessariamente uma decisão racional. Assim, quando pretendemos decidir se vamos ao cinema ou jantar fora, ponderamos as razões que impelem a uma ou outra das opções; quando o Estado pondera o custo e o benefício de propostas apresentadas num concurso público, pondera as razões que levam a aceitar uma das propostas e a rejeitar as demais; quando há uma colisão entre os resultados da interpretação literal e da interpretação teleológica de uma norma, o juiz pondera as razões que levam a preferir uma ou outra; quando o legislador pretende emitir normas para reforçar a segurança nos aeroportos, pondera as razões que concorrem no sentido da adoção de uma certa medida e as razões que a ela se opõem. Em todos os casos há ponderação, mas só no último estará eventualmente em causa uma questão do foro da proibição do excesso, *maxime* de proporcionalidade e.s.e.

A visão da proporcionalidade e.s.e. como um quadro metódico de ponderação de todas as *razões* relevantes é a que dá melhor cobertura ao que se pode designar como proporcionalidade e.s.e. *condensada*, a qual integra a ponderação de todos os fatores, incluindo adequação e necessidade da norma. Estes dois segmentos perdem autonomia metódica e são simplesmente considerados razões a serem ponderadas: a circunstância de uma medida ser inadequada ou desnecessária não é determinante, podendo apenas concorrer (ou não) para a sua desproporcionalidade e.s.e. Essa hipótese tem sido aventada no quadro da jurisprudência do TEDH.

2.2. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de meios e fins?

A ponderação entre meios e fins (iii) é talvez uma das posições doutrinárias mais enraizadas e com mais indisputada circulação²⁵³⁵. Todavia, essa posição não é analiticamente sustentável, mesmo excluindo à partida a chamada proporcionalidade retributiva²⁵³⁶.

Como se expôs anteriormente²⁵³⁷, fim da norma é o conjunto dos efeitos materiais ou tangíveis, mais ou menos próximos, que o legislador deseja que se verifiquem. A norma jurídica e os efeitos jurídicos que produz são o *meio* que o legislador usa para atingir o fim visado. Isto significa que, em bom rigor, meio é a produção de efeitos jurídicos, sejam positivos ou negativos, enquanto fim é a causação de efeitos materiais positivos.

A esta luz, não se pode dizer que o meio são os efeitos negativos da norma e o fim os efeitos positivos da norma. *Meio* tanto são os efeitos jurídicos positivos como os negativos da norma.

Afirmar que a proporcionalidade e.s.e. consiste na ponderação entre meios e fins é erróneo. Ponderar meios e fins levaria a ponderar os efeitos jurídicos positivos e negativos da norma como meio e os efeitos materiais positivos que tenham sido projetados, previstos e queridos pelo legislador, como fim. Ora, contrabalançar efeitos positivos (entrelaçados com os negativos) com efeitos positivos é um contrassenso. Por isso, embora seja afirmação com curso estabelecido, a descrição da proporcionalidade e.s.e. como uma instância de ponderação do meio e do fim não é exata²⁵³⁸.

²⁵³⁵ V., por todos, **Gentz**, “Zur Verhältnismäßigkeit...”, p. 1600; **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 513; **Barnées**, «El principio de proporcionalidad...», p. 25; **Emiliou**, *The Principle...*, p. 25; na doutrina portuguesa, **Canotilho**, *Direito Constitucional e Teoria...*, 2.^a ed., p. 263; **Sérvulo Correia**, *Legalidade...*, p. 114; **Fernando A. Correia**, *O plano urbanístico...*, p. 443; **David Duarte**, *Procedimentalização...*, p. 320. Como refere **Wieacker**, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips...*, cit., pp. 874 ss., a ideia de proporcionalidade entre meios e fins tem raízes históricas profundas, tal como a ideia de proporcionalidade ligada à *iustitia vindicativa* e de proporcionalidade ligada à *justiça distributiva*.

²⁵³⁶ Cfr. *infra*, capítulo 22. V., por todos, **Jakobs**, *Der Grundsatz...*, p. 97; **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, pp. 45 ss., 179 ss.

²⁵³⁷ Capítulo 8, 1.2.

²⁵³⁸ Rejeitando esta hipótese de simples redução a uma relação meio-fim, **Barak**, *Proportionality...*, p. 344; **Evans/Stone**, «Balancing and Proportionality...», cit., p. 5; **Clérico**, *El examen...*, p. 173, na mesma linha que **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, pp. 45 ss., rejeita que se trate *sempre* de uma relação meio-fim.

2.3. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de custos e benefícios?

Por vezes descreve-se o exercício da proporcionalidade e.s.e. como um exercício de ponderação de custos e benefícios ((iv), (v) e, em parte, (vi), (vii), (xiii) e (xviii)). A operação reduzir-se-ia - ou assemelhar-se-ia externamente - à análise económica dos custos-benefícios de uma decisão. Se o custo (leia-se o sacrifício de certos bens, interesses ou valores) estiver numa proporção aceitável com o benefício (leia-se a satisfação de certos bens, interesses ou valores), então a medida é proporcional em sentido estrito. O instrumento francês do *bilan coût-avantages* traduz também essa ideia²⁵³⁹.

Pode suceder - e, em regra, sucede - que a referência a "custos e benefícios" seja meramente metafórica e não descritiva nem normativa, não espelhando nem a pretensão de medição do *valor económico* das variáveis ponderadas, nem a adesão ao monismo de valores baseado na recíproca redutibilidade e substituíbilidade de todos os valores e na possibilidade de estes serem sempre medidos através de uma unidade de medida singular. Todavia, a ilusão de comensurabilidade que está aí implícita, e a correspondente conotação quantificada e econométrica²⁵⁴⁰, não espelham o tipo de ponderação que é feita sob a proporcionalidade e.s.e.²⁵⁴¹ (ou, pelo menos, não espelham *sempre*).

²⁵³⁹ Recorde-se o que se expôs no capítulo 1. O raciocínio do juiz concentra-se numa relação entre um "activo", representado pelas vantagens da decisão administrativa, e um "passivo" num sentido lato, representado pelos inconvenientes (oneração de direitos, nomeadamente de propriedade), custos da operação, eventuais inconvenientes de ordem social: v. **Jean-Paul Costa**, *Le principe de proportionnalité...*, p. 436; **X. Philippe**, *Le contrôle...*, pp. 22-24; **Macierinha**, «Avaliar a avaliação...», *cit.*

²⁵⁴⁰ **Rivers**, «Proportionality...», p. 200: a proporcionalidade e.s.e. "requer que o tribunal *quantifique* os ganhos e as perdas" (itálico aditado); em Portugal, sublinhando a semelhança com a análise económica de custos-benefícios, **Alexandrino**, *Direitos...*, p. 137.

²⁵⁴¹ Coincidente **Sanchís**, *Neoconstitucionalismo...*, p. 131. A visão dos autores que acusam a proibição do excesso de se preocupar exclusivamente com a questão *técnica* do peso e com o custo e o benefício para os interesses competitivos (**Webber**, «Proportionality...», p. 180) toma a nuvem por Juno.

2.4. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de normas?

Um setor da doutrina inclina-se para eleger como objeto de ponderação a importância e peso das *próprias normas* (constitucionais) colidentes, designadamente as normas-princípio (paradigmaticamente o caso de (viii))²⁵⁴². É certo que a aplicação da proibição do excesso pelo legislador é desencadeada pela necessidade de produção de uma norma que visa superar uma colisão entre sentidos normativos divergentes resultantes de normas jurídicas (designadamente de normas constitucionais de permissão e de normas de proibição de ação ou, em certos casos, de comandos *prima facie* de ação e de normas de proibição de ação²⁵⁴³). Mas na proporcionalidade e.s.e., seja ela aplicada como norma de ação ou norma de controlo, não está em causa a ponderação das normas de que resultam aqueles sentidos normativos divergentes. Ponderar as normas constitucionais (designadamente as que integram a categoria mais ou menos difusa das normas-princípio, como subjaz ao discurso dos defensores desta orientação) representaria uma *inversão* do objeto da proibição do excesso: começaria por se ponderar as referidas normas para tirar conclusões sobre a validade das normas legislativas, quando, na verdade, o objeto da proibição do excesso é a norma legislativa e não a norma constitucional.

A importância ou peso abstrato dos bens, interesses ou valores tutelados pelas normas constitucionais é relevante para a valoração dos efeitos das normas emitidas pelo legislador. Essa averiguação da importância e peso abstrato processa-se no momento lógico da conformação do fim pelo legislador (fase prévia à aplicação da proibição do excesso)²⁵⁴⁴. Em contrapartida, não há nenhuma ponderação do "peso" das normas constitucionais em sede de avaliação da proporcionalidade e.s.e. (ou noutra, atenta a sua idêntica dignidade formal, insuscetível de diferenciação de peso).

²⁵⁴² V., por todos, **Morais, Curso...**, II, 2, pp. 674 ss.

²⁵⁴³ V. *supra*, capítulo 13.

²⁵⁴⁴ V. *supra*, capítulo 8.

2.5. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de interesses?

Observação similar à do número anterior pode ser dirigida às tendências que identificam como objeto de ponderação em sede de proporcionalidade e.s.e. os interesses (ou, na fórmula mais abrangente que usamos, os bens, interesses ou valores) em causa (ix) ou, de um modo mais oblíquo, "as necessidades do indivíduo e as necessidades da comunidade como um todo" (x). É certo que as normas constitucionais que comandam, autorizam ou proíbem *prima facie* uma ação do legislador visam a tutela direta ou indireta de bens, interesses ou valores. Nessa medida, os bens, interesses ou valores também colidem, embora a um nível menos abstrato do que o nível de colisão das normas. Todavia, os bens, interesses ou valores, em si, ou o seu peso ou importância específica não são o objeto direto do exame de proporcionalidade e.s.e.²⁵⁴⁵.

2.6. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação da importância de certos fatores?

Em momento anterior apreciámos alguns contributos que enfrentam o constrangimento da incomensurabilidade de bens, interesses ou valores, propondo a comparação de variáveis artificialmente construídas. A estratégia não seria a comensuração nem a confrontação *direta* de bens, interesses ou valores, direitos fundamentais ou princípios ou efeitos das normas legislativas, mas sim a medição e a comparação do grau de não satisfação ou de afetação de um princípio e da importância da satisfação de outro (xi) ou a importância da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim legislativo (xii). Noutra versão, prefere-se medir e comparar a importância social do benefício e a importância social do dano marginal (xiii). Em certos contextos doutrinários, em vez de grau de

²⁵⁴⁵ Atente-se na objeção de Novais, *Princípios...*, pp. 179-180, à possibilidade de a proporcionalidade e.s.e. ponderar os bens, interesses ou valores colidentes. Para o autor, a proporcionalidade e.s.e. não envolve uma *ponderação de bens*. Esta visa definir a prevalência de um dos bens em colisão, sendo realizada "numa primeira fase" ou numa "primeira instância", antes da verificação da proporcionalidade e.s.e.

não satisfação ou de dano marginal, fala-se da "seriedade da interferência" (xiv) ou da "gravidade da intervenção" (xv). Esta estratégia operacionaliza-se através de uma metódica tripartida, semelhante à da primeira lei da ponderação de ALEXY: primeiro, valora-se o *grau* de não satisfação, a *importância* da intervenção, a *importância* social do dano marginal, a *seriedade* da interferência ou a *gravidade* da intervenção num princípio ou num bem, interesse ou valor, em si mesmo considerado; depois valora-se a *importância* da satisfação, a *importância* da realização do fim legislativo ou a *importância* social do benefício de outro, também em si mesmo considerado; por último, confrontam-se os dois resultados da valoração, *obtidos isoladamente*, e apura-se qual deles é superior.

Expuseram-se anteriormente argumentos contra este tipo de construções²⁵⁴⁶.

2.7. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de consequências ou de efeitos da norma legislativa?

O grupo mais extenso das formulações exemplificadas elege um atributo, fator ou aspeto específico que é *consequência* ou *efeito* da norma legislativa. Por vezes tais formulações são compósitas, agregando também variáveis referidas nas alíneas anteriores. Há outro grupo, menos extenso, composto pelas fórmulas que se referem genericamente aos efeitos da norma.

Assim, exemplos do primeiro grupo são os que destacam: a "carga coativa" decorrente da medida adotada (vi); o "dano para os indivíduos" e o "ganho para a comunidade" (xvi); a "tutela adicional" e "dano adicional" (xvii); o "acréscimo marginal" e o "decréscimo marginal" de liberdade (xviii). O caso de (xix) é um caso híbrido entre as conceções da proporcionalidade como ponderação do meio e do fim e como ponderação dos efeitos

Exemplo do segundo grupo é o que alude aos efeitos benéficos da limitação do direito e aos efeitos perniciosos dessa limitação (xx).

Como se verá de seguida, também optamos por uma formulação que expresse o sentido *consequencialista* da proibição do excesso, realçando aquilo que

²⁵⁴⁶ *Supra*, capítulo 17.

verdadeiramente está em causa: os efeitos de uma norma a produzir ou já produzida.

2.8. Posição assumida

2.8.1. Ponderação dos efeitos positivos e negativos da norma

A propósito da adequação e da necessidade, foram realçados e densificados os conceitos de *intensidade* dos efeitos de interferência e de *intensidade* dos efeitos de satisfação. A densificação desse conceito revelou que ele incorpora uma vertente de interpretação e qualificação, uma vertente (predominante) de juízos empíricos e uma vertente eventual de valoração dos efeitos produzidos ou causados pela norma²⁵⁴⁷.

Na metódica da proporcionalidade e.s.e. releva o conceito de *importância* dos efeitos positivos e negativos, jurídicos e materiais, da norma.

Não há antagonismo entre esses dois conceitos de intensidade e de importância dos efeitos. Em certa medida podem até justapor-se parcialmente. Analiticamente, a importância distingue-se da intensidade por a sua dimensão primacial (e não meramente eventual) ser uma dimensão valorativa - cuja materialização apela a critérios valorativos - e não uma dimensão empírica. Certamente que para se valorar a importância dos efeitos da norma é imprescindível um conjunto de dados empíricos, designadamente os que se referem às intensidades dos efeitos de interferência e de satisfação e o atinente ao grau de certeza sobre a verificação desses efeitos. Mas a atribuição de importância aos efeitos da norma é uma operação intelectual distinta, constitutiva da operação ponderativa característica da proporcionalidade e.s.e.

A ponderação realizada no contexto do segmento da proporcionalidade e.s.e. põe em confronto *direto* os efeitos positivos e negativos da norma, com o auxílio de um critério que permite estabelecer a respetiva importância relativa²⁵⁴⁸.

²⁵⁴⁷ Cfr. capítulo 16.

²⁵⁴⁸ Em termos conceptualmente muito semelhantes, **Huscroft / Miller / Webber**, «Introduction...», in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the rule of law...*, p. 2:

Ou, numa formulação mais completa: na esfera do segmento da proporcionalidade e.s.e. valoram-se e contrapesam-se *os efeitos positivos referentes à satisfação de bens, interesses ou valores e os efeitos negativos de interferência em bens, interesses ou valores com aqueles colidentes*, com a mediação de um *tertium comparationis* que permita estabelecer uma relação ordinal, de mais/menos (ou maior/menor) ou igual²⁵⁴⁹, entre a importância daqueles efeitos²⁵⁵⁰. Quando se fala de efeitos positivos e de efeitos negativos, abrangem-se os efeitos jurídicos e os efeitos, consequências ou resultados materiais desencadeados ou causados pelo cumprimento da norma. É menos correta (mas não errada) a formulação alternativa que alude à ponderação das *consequências* positivas e negativas da norma²⁵⁵¹. Adquirida esta base, podemos evoluir para expressões mais sucintas, como ponderação de efeitos da norma.

Importam *todos* os efeitos positivos e negativos, incluindo os chamados *efeitos colaterais*, isto é, não especificamente visados ou desejados pelo autor da norma (e, frequentemente, nem sequer intuídos por ele, pelo que esta referência assume especial relevo no contexto do controlo da norma)²⁵⁵², em relação aos quais se possa formular um juízo de que ocorrerão ou que há um risco ou uma expectativa séria de que ocorrerão²⁵⁵³.

efeitos benéficos da limitação do direito e efeitos perniciosos dessa limitação. Porém, trata-se de uma formulação não totalmente rigorosa, uma vez que, ainda que algo atipicamente, a proibição do excesso pode incidir sobre situações em que não há limitação de posições jurídicas subjetivas: cfr. *supra*, capítulo 12.

²⁵⁴⁹ Embora isso não seja consensual, pode dizer-se que parte apreciável da doutrina constitucional admite que a utilização de escalas ordinais é viável e racionalmente comandável: v., por exemplo, **Šušnjar, *Proportionality***, p. 300.

²⁵⁵⁰ Trata-se em boa medida de uma proposta de reconstrução da orientação sufragada pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 187/01, reiterada pelo acórdão n.º 632/08: na proporcionalidade e.s.e. «[t]rata-se...de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação “calibrada” – de justa medida – com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis». Como assinalámos noutra local (*supra*, capítulo 5), essa fórmula mescla considerações próprias dos segmentos da proporcionalidade e.s.e., e da necessidade, requerendo-se um refinamento analítico.

²⁵⁵¹ **Meyerson**, «Why courts should not balance...», p. 809: isso não se reconduz, porém, a uma perspetiva puramente utilitarista, uma vez que não se medem essas consequências de acordo com o valor da felicidade que produzem ou das preferências que satisfazem.

²⁵⁵² Notando, todavia, uma certa “aversão” do juiz europeu dos direitos do homem à consideração dos danos colaterais (no quadro da necessidade e da jurisprudência europeia dos direitos do homem, mas virtualmente extensível à proporcionalidade e.s.e., a outras ordens jurídicas e a todo o tipo de efeitos colaterais), **Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité***..., pp. 212-213.

²⁵⁵³ Coincidente, **Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité***..., p. 274.

Tendo já sido apresentada a noção de efeitos positivos e negativos e jurídicos e materiais, importa agora esclarecer outros aspetos que decorrem ou se relacionam com esta formulação.

2.8.2. O conceito de efeitos *marginais* positivos ou negativos

Como se assinalou, alguns autores recorrem aos conceitos de benefício ou dano *marginal*²⁵⁵⁴ ou de acréscimo *marginal* do benefício e decréscimo *marginal* de liberdade²⁵⁵⁵. Na medida em que isso queira significar simplesmente que importam os efeitos marginais, no sentido de efeitos positivos e negativos constitutivamente acrescentados pela norma legislativa, não merece discussão. Mesmo não se agregando o vocábulo *marginais*, o conceito de efeitos positivos e negativos incorpora implicitamente esse elemento.

Discutível é quando a referência à marginalidade transporta consigo a transposição tácita da lei da utilidade marginal decrescente da ciência económica. Esta lei exprime a percepção empírica de que o consumo consecutivo de unidades de um bem aumenta a utilidade total, mas a utilidade marginal ou acréscimo de utilidade retirado de cada uma dessas unidades é gradualmente menor. Uma adaptação da lei da utilidade marginal decrescente é, por exemplo, proposta por SARTOR, quando distingue entre *nível de realização do valor* e *utilidade* resultante desse nível de realização²⁵⁵⁶. Quando o nível de realização se altera, a correspondente alteração do nível utilidade não é constante, uma vez que a realização de um valor tem utilidade marginal decrescente²⁵⁵⁷. Outro modo de ver esta correlação é o que resulta da síntese de ALEXI: os direitos (objeto de interferência) "ganham força sobreproporcional à medida que a intensidade da interferência aumenta"²⁵⁵⁸.

Ora, se a transposição deste contributo da ciência económica para a proporcionalidade e.s.e. pressupuser uma *quantificação* do acréscimo marginal,

²⁵⁵⁴ Barak, *Proportionality...*, p. 349.

²⁵⁵⁵ Novais, *Direitos...*, pp. 132-133.

²⁵⁵⁶ Sartor, «The Logic of Proportionality...», pp. 1435 ss.; «A Sufficientist Approach...», pp. 41 ss.

²⁵⁵⁷ Sartor, «The Logic of Proportionality...», p. 1441.

²⁵⁵⁸ «Constitutional Rights, Balancing...», p. 140.

essa transposição é inviável. Por isso, uma transposição que incorpore acriticamente o significado original tem de ser rejeitada. Se, diferentemente, se pretender fazer a transposição desse contributo da teoria económica para a teoria da proporcionalidade e.s.e. em termos que prescindam de quantificação rigorosa dos acréscimos ou decréscimos marginais, isso pode ter alguma utilidade pedagógica.

A distinção entre nível de realização e utilidade proposta por SARTOR tem proximidade com a distinção que traçámos entre *intensidade* dos efeitos de satisfação e *importância* dos efeitos de satisfação. Pode dizer-se que o acréscimo da intensidade dos efeitos de satisfação não induz um acréscimo constante e equivalente da importância dos efeitos de satisfação: a importância marginal da satisfação cresce menos do que a intensidade de satisfação. Por outras palavras: à medida que a intensidade de satisfação de um bem, interesse ou valor aumenta, a importância marginal de satisfação desse bem, interesse ou valor é cada vez menor. Reversamente, poderia dizer-se que à medida que a intensidade de interferência no bem, interesse ou valor colidente aumenta, a importância marginal negativa cresce mais do que proporcionalmente.

2.8.3. O *tertium comparationis*

Ponderam-se, por conseguinte, os efeitos positivos e os efeitos negativos, sejam os jurídicos ou os materiais, de uma norma. Ou, mais rigorosamente, a dimensão ou grau de importância que se pode atribuir aos efeitos de satisfação e aos efeitos de interferência produzidos ou causados por uma norma. Todavia, a noção de importância não preenche os requisitos de um verdadeiro valor de cobertura (*covering value*, CHANG) ou *tertium comparationis*. A importância do efeito de satisfação do interesse público da segurança nacional é medida de acordo com um critério que só pode ser segregado pelo próprio sentido do interesse público da segurança nacional; a importância do efeito de interferência no direito à liberdade de expressão é medida de acordo com um critério que só se pode extrair do próprio sentido normativo do direito à liberdade de expressão. Ora, a ponderação requer um *tertium comparationis* ou atributo concretamente relevante *comum* às duas

grandezas ponderadas, ou seja, não segregado *específica* ou *exclusivamente* por uma delas. O critério de comparação permitirá dizer que a importância do efeito positivo *x* é maior do que a importância do efeito negativo *y* tendo em conta o critério *z*. O critério *z* será necessariamente um atributo, fator ou grandeza que cresce, por um lado, e diminui, por outro lado, em função dos efeitos positivos e negativos.

Esse *critério comparativo* tem de resultar da constituição. Alguns já tentaram delimitar o critério comparativo. Todavia, não é forçoso que seja o mesmo para todas as situações de colisão a que se aplica a proibição do excesso e não é impossível que haja mais do que um critério comparativo em cada episódio ponderativo. É plausível que o critério comparativo adequado para uma situação de colisão entre um interesse público constitucionalmente consagrado e um direito fundamental seja diverso daquele que é requisitado para uma situação de colisão entre um interesse público a que o legislador não está especificamente obrigado pela constituição, mas cuja prossecução é objeto da sua preferência *prima facie*, e um interesse público especificamente protegido *prima facie* pela constituição²⁵⁵⁹.

No contexto de uma Constituição de *liberdade* como a portuguesa, um *tertium comparationis* quase incontornável é o do impacto que os efeitos produzem sobre o *ambiente geral de liberdade*. Uma norma legislativa que interfere em direitos diminui inevitavelmente a liberdade num grau que deve ser valorado. Servindo um interesse público, a norma contribuirá, por outro lado, para o reforço das condições globais de vida em liberdade numa sociedade democrática, devendo isso ser também valorado.

Nesse caso, a *medida* ou *moeda comum* extraída da Constituição é a *medida da liberdade* que se perde e que se ganha com a norma legislativa. Para que se efetue a ponderação bilateral própria da proporcionalidade e.s.e., a qual requer comparabilidade através de uma medida comum, converte-se a intensidade dos efeitos de satisfação do bem, interesse ou valor visado e a intensidade dos efeitos de interferência no bem, interesse ou valor contraposto em importância dos *efeitos*, medidos em termos de *acréscimo* e de *diminuição* da liberdade (ou de outros *covering values* aplicáveis).

²⁵⁵⁹ Cfr. *supra*, capítulo 13.

2.8.4. Relação ordinal entre efeitos

Não sendo viável o estabelecimento de hierarquia cardinalmente expressa entre os efeitos em causa - dada a incomensurabilidade -, resta o estabelecimento de uma relação ordinal. A aplicação da proporcionalidade e.s.e. requer apenas o estabelecimento de uma relação de maior/menor ou mais/menos ou igual entre os efeitos da norma. Por exemplo, numa formulação positiva²⁵⁶⁰: "os efeitos positivos de *M1* traduzidos em acréscimo de condições gerais de liberdade são maiores (mais importantes) do que os efeitos negativos de *M1* traduzidos em decréscimo de condições gerais de liberdade". Dizer-se que *M1* produz mais efeitos positivos do que negativos ou que *M1* produz efeitos positivos mais ponderosos do que os negativos ou que há um *superavit* de efeitos positivos são apenas formas menos elaboradas de dizer a mesma coisa.

Do ponto de vista metódico, como é que se chega a essa conclusão?

Criticámos em momento anterior as metódicas ponderativas que assumem que *cada um* dos fatores a ponderar é medido ou valorado por si, em termos absolutos, independentemente dos outros, para depois se fazer uma comparação dos resultados, extraindo-se finalmente uma conclusão sobre a relação de prevalência ou de empate/paridade. O exemplo mais conhecido desta orientação é o da primeira lei da ponderação de ALEX²⁵⁶¹, mas não é o único²⁵⁶².

Esta estratégia atomizada, além de ser inexequível se não for adotada uma escala cardinalmente reconvertível (como a de ALEX), não parece interpretar adequadamente o modo como o raciocínio prático se desenvolve. A definição da importância dos efeitos negativos e dos efeitos positivos, em função de um critério que afira o decréscimo ou acréscimo de liberdade em que eles se traduzem (se for esse o *tertium comparationis*), não pode prescindir de uma lógica de permanentes *trade offs* de peso entre as valências a ponderar. A relação entre mais/menos (maior/menor) ou igual estabelece-se melhor quando as duas valências se

²⁵⁶⁰ A ser discutida *infra*, neste capítulo.

²⁵⁶¹ Assim, **Pino, Derechos** ..., pp. 215 ss. Parece ser essa também a posição de **Sieckmann**, «Balancing...», p. 115.

²⁵⁶² V. **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 514.

confrontam diretamente do que quando são valoradas isoladamente para depois ser comparado o resultado da valoração.

2.8.5. Efeitos negativos: valoração singular e agregada

Na Alemanha discutiu-se se quando um mesmo ato de autoridade interfere, não apenas em um, mas em dois ou mais bens, interesses ou valores, com os mesmos ou diferentes titulares, se deve efetuar um juízo singular de proporcionalidade para cada um ou um juízo conjunto.

SCHWABE defendeu que deve ser realizado *um único* juízo de proporcionalidade²⁵⁶³. Omitindo aqui o grosso dos argumentos que se prendem exclusivamente com a dogmática jusfundamental alemã (designadamente, o sistema de reservas²⁵⁶⁴), o argumento principal era o seguinte: a apreciação isolada e unitária da interferência, direito a direito, poderia facilitar que uma medida seja considerada proporcional no que toca a cada uma das interferências, mesmo nos casos em que a apreciação conjugada de todas as interferências em confronto com a satisfação de um interesse público levasse à não proporcionalidade²⁵⁶⁵.

Outra corrente defendeu a apreciação individualizada e não em grupo. Cada interferência deveria ser objeto de um juízo específico de proporcionalidade²⁵⁶⁶. O argumento principal a favor desta orientação reside na singularidade normativa de cada direito, que correria o risco de ser descaracterizada se efetuado um juízo conjunto e indiferenciado de proporcionalidade²⁵⁶⁷.

²⁵⁶³ Schwabe, *Probleme der Grundrechtsgogmatik*, pp. 367-393. Para a exposição do pensamento do autor seguimos Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, pp. 39-43 (que adere à posição daquele: *ob. cit.*, p. 43).

²⁵⁶⁴ V., por todos, sobre a distinção das reservas em quatro níveis (em alguma medida nivelados pelo Tribunal Constitucional alemão), Starck, «La jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux», in *Revue du Droit public et de la Science Politique* (1988), pp. 1263-1287.

²⁵⁶⁵ Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 40.

²⁵⁶⁶ V., por todos, Wendt, «Der Garantiegehalt...», pp. 422 ss.

²⁵⁶⁷ Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, pp. 41 ss.

Todavia, esta dicotomia não deve ser considerada estanque. A plena aplicação da proibição do excesso, designadamente da proporcionalidade e.s.e., impõe *simultaneamente* uma apreciação individualizada, efeito interferente a efeito interferente, e, eventualmente, uma segunda ronda, com ponderação *agregativa*, considerando-se então o "saldo" de todos os efeitos negativos de interferência nos vários bens, interesses ou valores sacrificados²⁵⁶⁸. Se na primeira revisão for apurado que os efeitos de interferência num ou nos vários bens, interesses ou valores afetados são desproporcionados quando confrontados com os positivos, a norma decai logo aí²⁵⁶⁹. Se tal não suceder, realiza-se uma segunda ponderação, apreciando todos os efeitos produzidos pela norma legislativa, diretos e indiretos, quaisquer que sejam os bens, interesses ou valores tocados positiva e negativamente e qualquer que seja o universo subjetivo afetado, apurando-se o "saldo" conjunto.

Esta orientação obsta às dificuldades de cada uma das orientações extremas: evita que uma medida possa ser considerada proporcional ou não desproporcional só pela circunstância de cada efeito interferente ser pesado individualmente com os efeitos positivos; evita que as singularidades normativas de cada bem, interesse ou valor sejam desconsideradas.

As orientações metódicas são, assim, as seguintes²⁵⁷⁰: (i) sendo possível identificar vários bens, interesses ou valores distintos afetados, procede-se à ponderação *sequencial*, um a um, da importância dos efeitos de interferência em contraste com a importância dos efeitos de satisfação, globalmente considerada; (ii) podendo identificar-se um ou vários predominantemente afetados, começa-se por eles, um após o outro, dando sempre preferência lexical àquele que pareça mais severamente afetado; (iii) concluindo-se pela desproporção dos efeitos a propósito de qualquer um deles, a norma é inconstitucional nesse segmento se for possível identificar segmentos normativos desagregáveis (o que nem sempre é possível);

²⁵⁶⁸ A temática não é exclusiva da proporcionalidade e.s.e. Esta orientação agregativa é também defendida no quadro constitucional americano do *balancing*: v., por exemplo, **Faigman**, «Madisonian balancing...», p. 644, *passim*.

²⁵⁶⁹ **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 307.

²⁵⁷⁰ Sendo mais fácil reconstruir empiricamente a metódica do juiz constitucional do que a do legislador, esta parece corresponder à prática do juiz constitucional quando aprecia normas jurídicas. V., também, **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 308.

(iv) apurando-se a desproporção, a avaliação/exame da proporcionalidade e.s.e. não tem de prosseguir, mas pode prosseguir por razões de pedagogia constitucional; (v) concluindo-se pela não desproporcionalidade dos efeitos negativos sofridos por *cada um* dos bens, interesses ou valores isoladamente considerados em relação aos efeitos positivos, é vantajoso proceder a uma ponderação agregativa final de *todos* os efeitos negativos e de *todos* os efeitos positivos.

Devem ser ponderados todo o tipo de efeitos, sem qualquer restrição²⁵⁷¹. Designadamente, os efeitos financeiros.

2.8.6. Ponderação dos efeitos produzidos no âmbito dos princípios formais

Alguma doutrina discute se (utilizando por um momento uma linguagem típica da teoria dos princípios), juntamente com os *princípios materiais*, se ponderam também os chamados *princípios formais*²⁵⁷². Os segundos, como o da competência do legislador democrático para tomar as decisões fundamentais²⁵⁷³, têm natureza puramente procedimental, "dando razões para a aplicação de uma norma sem considerações sobre o seu conteúdo"²⁵⁷⁴. Os primeiros tutelam diretamente direitos ou outros bens, interesses ou valores.

Ora, os efeitos que se verifiquem ao nível da operatividade de princípios formais devem ser considerados conjuntamente com os efeitos ao nível dos princípios materiais no processo de ponderação.

²⁵⁷¹ Nesse sentido, **Dechsling**, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 50. Diferentemente, **Haverkate**, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, pp. 15 ss.

²⁵⁷² **Alexy**, *Teoria...*, 1.^a ed., p. 132; **Sieckmann**, *Regellmodelle...*, pp. 147 ss.; **Borowski**, «The structure of Formal Principles...», *cit.*

²⁵⁷³ **Virgílio Afonso da Silva**, «Teoria de los principios...», p. 251, propõe um elenco de cinco tipos de princípios formais.

²⁵⁷⁴ **Virgílio Afonso da Silva**, «Teoria de los principios...», p. 247.

2.8.7. Ponderação dos efeitos médios e dos efeitos individuais

Quando se considera o impacto dos efeitos *subjektivos*, considera-se em primeira linha a importância ou impacto *médio*, isto é, os efeitos tal como sentidos ou intuídos pelo destinatário médio da norma legislativa. Todavia, como demonstramos num capítulo subsequente²⁵⁷⁵, na proibição do excesso, nomeadamente na proporcionalidade e.s.e., pode colocar-se também a necessidade de ter em conta, na medida do possível, o impacto *individualizado* dos efeitos da norma na esfera pessoal de destinatários particularmente expostos ou vulneráveis, quando for possível isolar e caracterizar especificamente as respetivas situações²⁵⁷⁶.

3. Proporcionalidade ou não desproporcionalidade?

Como norma de ação, o segmento da proporcionalidade e.s.e. da proibição do excesso exige do legislador a adoção de normas *proporcionais* ou de normas *não desproporcionais*?

Tal como sucede no contexto da adequação e da necessidade, a opção por uma fórmula *positiva* (a primeira) ou *negativa* (a segunda) não tem relevo simplesmente semântico²⁵⁷⁷, embora na proporcionalidade e.s.e. não se coloque uma questão de prova, diferentemente do que ocorre com aquelas.

Na primeira modalidade, o legislador apenas pode produzir uma norma cujos efeitos hipotéticos positivos excedem os efeitos negativos. A comparação entre os efeitos positivos e os negativos deve concluir por um saldo positivo em relação ao que

²⁵⁷⁵ *Infra*, capítulo 26.

²⁵⁷⁶ Como se verá, um setor da doutrina autonomiza esta questão do impacto individual ou localizado de uma medida geral sob a epígrafe de princípio da *razoabilidade*. Cfr., por todos, **Novais, As restrições...**, p. 765; **Os Princípios...**, pp. 187 ss.

²⁵⁷⁷ Cfr. o debate em **Hirschberg, Der Grundsatz...**, pp. 96 ss.; **Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot**, pp. 35-36, com numerosas referências, incidindo particularmente sobre a questão de como a formulação negativa e a formulação positiva se traduzem em fórmulas de distribuição da carga de argumentação; ligando também a formulação positiva e negativa à distribuição da carga da prova, **Van Drooghenbroeck, La Proportionnalité...**, p. 233. Como se defende no próximo capítulo, o modelo adequado à fiscalização da constitucionalidade de normas não passa pela distribuição da carga da prova, mas nem por isso a distinção entre fórmula positiva e negativa perde relevância.

existiria se não fosse produzida a norma (isto é, se houvesse inatividade do legislador). Pode admitir-se algum grau de incerteza epistémica (empírica e normativa, sendo aqui mais relevante a segunda), uma vez que a incerteza epistémica é uma contingência praticamente inevitável da atividade legiferante. Ou seja, o legislador não está inibido pelo segmento da proporcionalidade e.s.e. de adotar uma norma em relação à qual assuma razoavelmente que terá efeitos positivos que excedem os negativos, não tendo, todavia, certeza absoluta (incerteza epistémica normativa parcial positiva). O artigo 36.º, n.º 3, da Constituição Federal Suíça²⁵⁷⁸ poderá ser interpretado neste sentido²⁵⁷⁹.

Na segunda modalidade, a norma já supera o crivo da proporcionalidade e.s.e. se os efeitos positivos forem *equivalentes* aos negativos (situação de paridade). Esta possibilidade é consonante com a origem etimológica do termo proporcionalidade, o vocábulo grego αναλογία (analogia), donde derivou o conceito latino de *proportionalitas*²⁵⁸⁰. Também sobre esta hipótese de paridade ou analogia entre a importância ou valor dos efeitos negativos e dos efeitos positivos da norma é admitida alguma incerteza.

Certamente, é legítimo duvidar da pertinência e relevância prática da segunda modalidade, quando vista do ângulo da atividade legislativa. Um legislador racional, como é presumivelmente o legislador sujeito ao julgamento da democracia, não encontrará motivos nem tração política para produzir medidas que, na melhor das hipóteses, segundo a sua própria ponderação, produzem efeitos negativos que os positivos meramente igualam.

Todavia, a hipótese de paridade tem relevância do ponto de vista da aplicação da proibição do excesso como norma de controlo. A adoção de uma ou de outra fórmula tem consequências no que toca à configuração do poder judicial de controlo. Isso manifesta-se quando há divergência entre a ponderação do legislador e a do juiz,

²⁵⁷⁸ Artigo 36.º, n.º 3, da Constituição Federal Suíça de 1999: "Toda restrição aos direitos fundamentais deve ser proporcional ao seu fim." (*Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein*). V., também, artigo 5.º, n.º 2: "Os atos do Estado devem assentar no interesse público e ser proporcionais" (*Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein*).

²⁵⁷⁹ Šušnjar, *Proportionality...*, p. 175, defende que a exigência positiva de proporcionalidade é a única compatível com a teoria dos princípios e com a ideia de otimização.

²⁵⁸⁰ Sobre as origens etimológicas da proporcionalidade, v., por todos, Nogueira, *Direito Fiscal...*, p. 40.

isto é, quando o primeiro entende que a norma se justifica pelos seus efeitos positivos suplantarem os negativos e o segundo entende que há apenas paridade. Se vigorar a modalidade positiva (e estando reunidos os demais requisitos que estudaremos adiante²⁵⁸¹), uma situação de paridade é fundamento de declaração de inconstitucionalidade. Se vigorar uma modalidade negativa, uma situação de paridade permite a subsistência da norma.

Se o legislador estiver apenas obrigado a adotar normas não desproporcionais (e se só as desproporcionais correrem o risco de claudicar no controlo de constitucionalidade), pode adotar normas a cujos efeitos positivos se possa atribuir um peso equivalente aos efeitos negativos ou em que não haja a certeza de desproporcionalidade. Nessa situação de *empate* valorativo ou de incerteza epistémica não se pode dizer que haja proporcionalidade, no sentido de que os efeitos positivos da norma *superam* os efeitos negativos, mas também não se pode dizer que haja desproporcionalidade, no sentido de que os efeitos negativos *superam* os positivos.

Em paralelo com o que sugerimos a propósito da necessidade, estas duas alternativas permitem distinguir duas modalidades de proporcionalidade e.s.e.: uma mais favorável à liberdade de conformação do legislador, a *modalidade lata*, assente na mera exigência de não desproporcionalidade; outra mais constrangedora, a *modalidade estrita*, assente na exigência de proporcionalidade.

Em princípio, a modalidade vigente é a *lata*²⁵⁸².

Eventualmente deve manter-se aberta a hipótese de a modalidade estrita ser aplicável quando está em causa a interferência em alguns direitos, liberdades e garantias. Mas não pode defender-se que *sempre* que estejam em causa posições jurídicas subjetivas cobertas por normas de direitos, liberdades e garantias é aplicável a modalidade estrita.

Tudo visto, estamos agora em condições de propôr a definição que deixámos adiada no início deste capítulo: *meio proporcional e.s.e. é aquele que não é desproporcional, ou seja, cujos efeitos marginais positivos não têm importância inferior aos efeitos marginais negativos.*

²⁵⁸¹ *Infra*, capítulo 19.

²⁵⁸² No mesmo sentido, Novais, *Os Princípios...*, pp. 178 e ss.

4. Proporcionalidade e.s.e. comparativa?

A propósito do segmento da necessidade²⁵⁸³, apreciámos (e rejeitámos) o que apelidámos de *necessidade ponderada*. Diferente é a configuração estrutural do que se pode designar de *proporcionalidade e.s.e. comparativa*.

A situação envolve duas ou mais alternativas que já superaram os crivos da adequação e da necessidade. Por outro lado, avaliada cada uma *per se*, todas respeitam o segmento da proporcionalidade e.s.e. Isto é, os efeitos positivos de todas são superiores, ou não são inferiores, aos negativos. Todavia, o saldo dos efeitos positivos de (pelo menos) uma é superior ao saldo das demais. Por exemplo, o legislador tem à sua disposição *M1*, *M2* e *M3*. Para facilitar, admita-se que é possível concluir que todas elas têm efeitos negativos inferiores aos positivos. Porém, os efeitos positivos de *M3* são superiores aos efeitos positivos de *M1* e *M2*. Quando se diz que os saldos são superiores não se está a admitir a possibilidade de uma hierarquização dos saldos com expressão cardinal. Está-se simplesmente a admitir uma ordenação relacional *aproximada* de efeitos positivos.

Está o legislador vinculado a escolher *M3* por o saldo de efeitos positivos ser superior? Pode o juiz constitucional censurar e invalidar a adoção de *M1* ou *M2* por haver uma alternativa "*mais proporcional*"?

Ora, embora não seja impossível conceber a vigência de uma conceção da proporcionalidade e.s.e. comparativa²⁵⁸⁴, isso só poderia suceder em situações extremas, absolutamente excecionais. Eventualmente poderia ser admitida quando o saldo positivo de uma das medidas alternativas fosse de tal forma ostensivo que a sua preterição violasse a sensibilidade jurídica e moral da comunidade. Nessas circunstâncias poderia pensar-se que o legislador deve adotar a medida com tal saldo positivo. Se não o fizesse, justificar-se-ia a intervenção do juiz constitucional, dada a inescapável violação da sensibilidade jurídica e moral da comunidade.

²⁵⁸³ *Supra*, capítulo 16.

²⁵⁸⁴ Recordamos mais uma vez a *plasticidade* da proporcionalidade, que lhe permite ser moldável aos vários contextos e sistemas: **Sullivan / Frase, *Proportionality Principles*...**, p. 7.

Todavia, não se vê que seja fácil imaginar exemplos deste jaez.

Por outro lado, esta conceção de proporcionalidade e.s.e. comparativa deturparia o seu sentido e função. É decisivo o argumento de que a sua adoção diminuiria drasticamente a liberdade de conformação do legislador, a quem, em última análise, não se exigiria apenas a adoção de uma medida proporcional ou não desproporcional, mas *a* medida *otimamente* proporcional. Daí até sustentar-se que há sempre *uma única* medida que pode ser considerada proporcional e, por isso, adotada pelo legislador, vai apenas um passo. Mas esse passo tem de ser recusado, em nome dos princípios formais que sustentam a liberdade de conformação legislativa do legislador democrático²⁵⁸⁵.

5. A racionalidade e objetividade do juízo da proporcionalidade e.s.e.

5.1. Rejeição da conceção da proporcionalidade e.s.e. como simples auxiliar do decisionismo e como modelo matemático

O debate sobre a racionalidade e a objetividade do juízo de proporcionalidade e.s.e. ganha relevância sobretudo quando se trata de tomar posição sobre a legitimidade, a extensão ou a intensidade do controlo judicial da proibição do excesso²⁵⁸⁶. Num quadro democrático e de separação e limitação dos poderes, a afirmação da possibilidade de ponderação racional e objetiva é um importante tónico da legitimidade e da extensão do poder judicial de controlo. Em contrapartida, a refutação da plausibilidade de ponderação racional e objetiva é um trampolim para o acantonamento do poder do juiz constitucional: se a ponderação é irremediavelmente irracional e/ou subjetiva, nada justifica, no quadro de uma democracia, que a subjetividade do legislador democraticamente eleito possa ser substituída pela subjetividade do juiz sem direta legitimidade democrática.

²⁵⁸⁵ Assim, aparentemente, Novais, *As restrições...*, pp. 759-760.

²⁵⁸⁶ É à luz dessas questões que deve ser apreciada a suspeita doutrinal e até a desgradação desta máxima do princípio da proibição do excesso por alguns setores da doutrina: v., por todos, Pieroth/Schlink, *Grundrechte...*, p. 74. Em algumas ordens jurídicas nota-se tendência para fugir ao segmento da proporcionalidade e.s.e. Sobre o caso do Canadá, Webber, *The Negotiable...*, pp. 76 ss.

Ora, quando se expuseram as coordenadas do debate sobre a racionalidade e a objetividade da ponderação, ficou patente que não é profícuo discutir se a ponderação é uma fonte inteiramente racional e objetiva de criar, interpretar e aplicar o direito ou, ao invés, inteiramente subjetiva e irracional. Uma atitude prudente e equilibrada aceita que ela terá as duas componentes, racionalidade/irracionalidade objetividade/subjetividade, havendo apenas que desvendar a dominante²⁵⁸⁷.

Essas coordenadas valem, no essencial, para a proporcionalidade e.s.e. Torna-se, pois, desnecessário repeti-las. As indicações que se seguem limitam-se a olhar para o tema na sua específica refração na proporcionalidade e.s.e.

A corrente cética em relação ao potencial de racionalidade e objetividade da proporcionalidade e.s.e. degrada-a a mero *instrumento de assistência à razão* na escolha entre incomensuráveis. A instrução dada pelo princípio da proporcionalidade para ponderar ou pesar não pode significar outra coisa do que “ter em conta, conscienciosamente, todos os fatores relevantes e *escolher*”. Sem um instrumento comum de medida, o princípio da proporcionalidade não pode dirigir a razão para uma resposta. Só pode assistir a razão na *escolha* entre incomensuráveis²⁵⁸⁸.

Todavia, a proibição do excesso e, designadamente, a proporcionalidade e.s.e. é mais do que isso: é uma técnica racionalmente estruturada, catalisadora de um processo racional de decisão, mediadora de decisões suportadas por razões. A proporcionalidade e.s.e. induz à adoção de decisões que correspondem a três exigências: racionalidade formal, racionalidade substantiva (ou adequação moral), coerência contextual²⁵⁸⁹.

Esta convicção em relação às potencialidades da proporcionalidade e.s.e. não significa que se aceite que é possível definir uma estrutura matematizada, capaz de *a cristalizar* quer na fase de tomada da decisão legislativa, quer na fase de

²⁵⁸⁷ Assim, **Novak**, «Three Models...», p. 104.

²⁵⁸⁸ **Webber**, «Proportionality, Balancing...», p. 196, invocando e citando **Finnis**.

²⁵⁸⁹ Sobre a coerência contextual ou *consonância*, **Sartor**, «A Sufficientist Approach...», p. 19: consonância (ou, pelo menos, não completa dissonância) com as normas, cultura e modo de vida que forma o contexto da decisão, mas também com a *opinião geral da comunidade*. Esta última referência é, porém, discutível uma vez que, sendo inatingível uma opinião unânime da comunidade, a ideia de opinião geral tende a ser interpretada como opinião da maioria tal como representada e interpretada pela maioria de governo, o que adúltera o espírito da proporcionalidade e.s.e.

controle²⁵⁹⁰. A confiante profissão de fé na possibilidade de quantificação²⁵⁹¹ é ilusória. Embora alguns asseverem que é possível tornar automática a aplicação do direito em situações de ponderação²⁵⁹² ou (nem sempre de forma laudatória) que a proibição do excesso tem forçosamente associada a ideia da precisão matemática ou quantificação²⁵⁹³, essas são ideias insubsistentes.

Aliás, não só é impossível definir fórmulas matemáticas ou quantificadas, como não se pode atingir uma formalização rígida. O alinhamento e cruzamento de argumentos, com inevitáveis e constantes trocas e cedências mútuas de peso, num processo de permanente vai e vem metódico, não é passível de uma modelização rígida. A tentativa de esbater ou dissimular o fator *subjetivo* transportado pelo concreto decisor, através de um modelo altamente formalizado, insensível – talvez até hostil – ao fator humano, esbarra com a realidade do processo deliberativo. A demonstração da racionalidade e da objetividade da ponderação não pode cair no excesso de desmentir ou ignorar o fator subjetivo²⁵⁹⁴.

A impossibilidade de uma formalização matematizada ou, mesmo que não matematizada, rígida, torna, além do mais, prematuro o entusiasmo com a

²⁵⁹⁰ Afastamo-nos aqui de **Sieckmann**, «Balancing...», p. 116. Também este autor admite que a formalização pode ser usada para a *reconstrução* racional e para a verificação da coerência das propostas de ponderação; mas, mais do que isso, concede que o modelo matemático, embora não possa servir para dele se *inferirem* resultados, talvez possa representar os resultados da ponderação, através de valores numéricos.

²⁵⁹¹ V. uma das expressões mais claras dessa profissão de fé em **Emiliou**, *The Principle...*, p. 6 (falando de uma relação causal quantificável entre meios e fins); desvalorizando essa possibilidade, **Pannacio**, «In Defense of Two-Step...», p. 117.

²⁵⁹² V. um bom exemplo em **Lucatuorto**, «Regole...», quando parte do modelo de **Alexy**, transformado, para propor a utilização da inteligência artificial nas decisões judiciais.

²⁵⁹³ **Tsakyakis**, «Proportionality...», p. 475; **Heinrich Hubmann**, *Wertung und Abwägung im Recht*, Köln, 1977 (*apud* Hirschberg), o qual experimenta a metrificação da ponderação ou contrapeso de interesses e valores característico da proporcionalidade clássica. Na conceção deste autor, o conceito de proporcionalidade assumiria um significado puramente matemático, isto é, seria expressável através de fórmulas e símbolos matemáticos. A proposta é criticada por **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, pp. 104-105, recusando a possibilidade de uma metrificação dos bens, interesses ou valores contrapesados.

²⁵⁹⁴ **Webber**, *The Negotiable...*, p. 105. A recusa da matematização ou de modelos de gestão não redundam no puro decisionismo que os detratores ou cétricos da ponderação, como **Habermas** ou **Schlink**, julgam inevitável. Não é possível defender que na ponderação vale somente “a subjetividade do juiz”, uma vez que há limites objetivos a essa subjetividade.

possibilidade de a proporcionalidade e.s.e. (ou, mais latamente, a ponderação) ser afinal reconduzível ao método clássico da subsunção²⁵⁹⁵.

Por conseguinte, nem ceticismo, nem, caindo no outro extremo, otimismo excessivo quanto à matematização ou formalização integral. Reconhecendo-se que a formalização da proibição do excesso reforça a reflexibilidade, impõe-se o esforço de *alguma* formalização sem perseguir a ilusão da formalização *integral*. É viável estabelecer indicativamente uma *check list* ou um *road map* que desempenhe a função heurística de auxiliar no processo ponderativo, de modo a sistematizar melhor os argumentos e as razões que eles sustentam²⁵⁹⁶. Um decisor consciencioso, transparente e sistemático pode até monitorizar os *prós* e os *contra*, através de um *score board* que espelhe o progresso do trajeto ponderativo (v. o modelo de SUSAN HURLEY). Mas, mesmo que desenhado para a situação concreta, esse *score board* muito dificilmente será capaz de captar ou espelhar integralmente tudo o que de alguma forma conta, designadamente os componentes subjetivos.

Numa perspetiva de *controlo* – ou, noutro registo, de apreciação científica – de uma decisão legislativa anteriormente tomada, podem também ser experimentados modelos relativamente formalizados, que auxiliem a reconstrução das razões que sustentaram a decisão e que assistam na verificação da sua coerência.

Qualquer modelo que se ensaie será apenas um instrumento auxiliar de trabalho que não substitui a necessidade de *bom raciocínio moral*, de *boa argumentação substantiva*, de *boas razões* e de abertura a uma pluralidade de razões, com força variável de caso para caso. Não é na construção de modelos sucessivamente mais complexos, sustentados em fórmulas matemáticas sucessivamente mais herméticas, que se deve apostar.

²⁵⁹⁵ V. Lindahl, «On Robert Alexy's Weight Formula...», *cit.*, p. 37: “A transformação *de facto* por **Alexy** do contrapeso e da ponderação em subsunção é um dos pontos mais fortes do seu modelo. A preocupação de **Alexy** com números e operações matemáticas parece ter ocultado o ponto...”.

²⁵⁹⁶ V., um exemplo, em Feteris, «Weighing and Balancing ...», pp. 24 ss.

5.2. A concepção pluralista do momento ponderativo da proibição do excesso

Os pressupostos teóricos básicos de uma concepção pluralista do momento ponderativo são os seguintes: (i) defesa inequívoca do papel da razão na deliberação prática (*phronesis* ou sabedoria prática de ARISTÓTELES); (ii) os juízos de valor podem ter um substrato cognitivo, não sendo necessariamente expressão de um ponto de vista subjetivo, discricionário ou arbitrário²⁵⁹⁷; (iii) a racionalidade e a objetividade não são sinónimos de certeza²⁵⁹⁸; (iv) a razão enquadra a intuição²⁵⁹⁹; (v) a razão exclui opções, delimita opções (a favor das quais há razões não derrotadas nem derrotantes de outras razões sustentadoras de alternativas), mas não determina forçosamente *uma* opção²⁶⁰⁰. A propósito da última alínea, vale a pena convocar a distinção entre escolhas *racionais* e escolhas *a-rationais*. As *escolhas racionais* não são *determinadas* ou requeridas pela razão, mas são *permitidas* por ela, além de terem a seu favor uma ou várias razões articuláveis não derrotadas nem derrotantes²⁶⁰¹, decorrentes de princípios morais, da tradição social ou de princípios prudenciais (como o princípio do compromisso)²⁶⁰². As escolhas *a-rationais* também não são determinadas ou requeridas pela razão. Mas neste caso, a decisão de escolher uma das alternativas não é determinada por um processo racional. Pode ser fruto de um juízo intuitivo, baseado em fatores subconscientes e inarticulados²⁶⁰³. A ponderação que incorpora a proibição do excesso visa chegar a decisões racionais e não a-rationais ou irracionais.

²⁵⁹⁷ Assim, **Pino**, *Derechos...*, p. 208; cfr. **V. Villa**, «Legal Theory and Value -Judgements», *cit.*, (*apud* Pino, *ob. cit.*).

²⁵⁹⁸ **Schauer**, «Balancing...», p. 3.

²⁵⁹⁹ **Scharffs**, «Adjudication...», p. 1420: "a intuição de um médico especializado sobre o que certos sintomas significam é diferente da intuição de um internista de primeiro ano"; **Mather**, «Law-making...», pp. 371 ss.

²⁶⁰⁰ **Mather**, «Law-making...», pp. 365 ss. Como diria **Raz**, a ação racional é a ação que o agente toma por uma razão não derrotada, não é necessariamente a ação sustentada por uma razão que derrota todas as outras: *The Morality of Freedom*, p. 339.

²⁶⁰¹ **Mather**, «Law-making...», pp. 365-366.

²⁶⁰² **Mather**, «Law-making...», pp. 367 ss.

²⁶⁰³ **Mather**, «Law-making...», p. 366. O autor defende que os juízos morais intuitivos são feitos sem nenhum processo consciente de inferência e são produto de uma experiência não analisada nem racionalizada, mas que habitualmente se revela acertada. A escolha não é racional, porque não se

A proibição do excesso (e, dentro do seu perímetro, a proporcionalidade e.s.e.) tem de ser fundamentalmente sensível à tensão entre várias linhas de força contraditórias: entre maleabilidade e estabilidade, entre subjetividade e objetividade.

Desde logo, a linha de força da *maleabilidade*. A estrutura metódica da proporcionalidade e.s.e. deve ter capacidade de: reagir e adaptar-se ao caso concreto; criar condições para a descoberta de todos os argumentos relevantes (de natureza moral, tradicional, prudencial), mesmo os que fogem à arrumação em quadros pré-definidos; acompanhar a evolução dos valores sociais, da ciência e dos costumes²⁶⁰⁴; facilitar a ação de válvulas de deteção do erro, de revisibilidade e de reponderação (a razão não dá nada como adquirido para sempre²⁶⁰⁵). Em suma, a proporcionalidade e.s.e. tem de ser um dos catalisadores que fazem com que os acordos incompletamente teorizados²⁶⁰⁶ que cimentam o viver coletivo possam formalizar-se circunstancialmente.

Por outro lado, a linha de força da *estabilidade*, da certeza e da segurança, que impõe um imperativo de unidade sistemática e de referência a decisões anteriores ou de coerência²⁶⁰⁷. Uma das críticas endereçadas à proporcionalidade e.s.e. é o risco de particularismo, com o consequente défice de previsibilidade em relação a decisões futuras. O ideal é que, mesmo que não se queira apagar ou camuflar o papel das apreciações subjetivas, se alcance uma solução que possa contribuir para a previsibilidade. Valem aqui as noções de coerência sistemática e de algum conservadorismo²⁶⁰⁸ que o modelo de HURLEY, por exemplo, exprime satisfatoriamente²⁶⁰⁹.

baseia em razões articuláveis, mas também não é necessariamente irracional (*ob. cit.*, p. 371, citando **Hampshire, *Morality and Conflict***, Harvard University Press, Cambridge [Mass.], 1983).

²⁶⁰⁴ **Muzny, *La Technique de Proportionnalité...***, pp. 354 ss. (elaborando no contexto da aplicação atualista da CEDH: "a proporcionalidade transfusa para dentro do sistema convencional a normalidade da realidade em vigor", *ob. cit.*, p. 363).

²⁶⁰⁵ **Scharffs**, «Adjudication...», p. 1384.

²⁶⁰⁶ Recorremos aqui ao sugestivo título de um trabalho de **Cass Sunstein**, «Incompletely Theorized Agreements», in Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflicts*, Oxford University Press, 1996, pp. 35-61.

²⁶⁰⁷ Em certa medida, pode falar-se de uma adaptação da visão *dworkiniana*: **Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité...***, p. 286.

²⁶⁰⁸ **Pino, *Derechos...***, p. 221.

²⁶⁰⁹ Sobre o modelo de **Hurley**, v. *supra*, capítulo 17, 11.3.2.

Neste ponto, mesmo sem a adesão ao, ou a defesa do, sistema de precedente²⁶¹⁰, vale uma característica das escolhas (políticas, económicas, de consumo, de comportamento): a dinâmica autorreprodutiva e autoconsolidante das razões da escolha. Depois de o agente escolher propende a encontrar novas razões para essa escolha e a reforçar as já eleitas. Essa dinâmica autorreprodutiva pode levar a que os casos com alguma similitude que se sigam tendam a ser resolvidos com invocação das mesmas razões, num processo que pode parecer pouco reflexivo. Todavia, a dinâmica autorreprodutiva pode atenuar-se com o decurso do tempo, se novos argumentos irromperem no processo argumentativo, se alguns antigos adquirirem novo fulgor, funcionando então as mencionadas válvulas de deteção do erro, de revisibilidade e de reponderação.

Nesta ordem de ideias, são vitais os *racionalizadores automáticos*. Desde logo, os que resultam do "cerco deontológico" à proibição do excesso. Uma conceção não extremada da proibição do excesso assenta na exclusão de certos fins e do uso de certos meios, bem como na obstaculização da interferência num núcleo mínimo dos direitos. Mas são também estabilizadores todos os resultantes do entorno jus-constitucional, particularmente institucional – transparência, número de indivíduos que participam, processo –, o ambiente jurídico constituído pela jurisprudência e pela doutrina respeitantes a situações similares, "a normalidade social em vigor"²⁶¹¹, a história, a tradição e todos os limites externos à decisão²⁶¹².

Sem embargo, na aplicação da proporcionalidade e.s.e. são incontornáveis os fatores subjetivos. É ilusório negligenciar a componente subjetiva, *de criação, de escolha, de intuição*, de quem tem a seu cargo a decisão²⁶¹³. Os fatores subjetivos condicionam as perspetivas e mundivisão do concreto decisor e precipitam-se

²⁶¹⁰ Sobre isso, vejam-se as críticas de **Beatty**, *Ultimate...*, pp. 89 ss., ao uso do precedente na *judicial review*. A utilização do precedente é justificável ao nível da jurisdição em outras áreas, mas não na constitucional, quando se está no nível do tribunal mais elevado (*Supreme Court*, Tribunal Constitucional). Neste caso, ou o juiz está de acordo com o sentido das decisões precedentes e não tem de se basear nelas, bastando expor a sua posição; ou não está de acordo e então a força normativa (a supremacia) da constituição impõe-lhe que vá num sentido diferente, contrariando o precedente e evitando agir inconstitucionalmente.

²⁶¹¹ Aproveita-se uma noção que **Muzny** utiliza ao longo do seu *La Technique de Proportionnalité...*, designadamente p. 660, *passim*.

²⁶¹² V. **Van Drooghenbroeck**, *La Proportionnalité...*, pp. 284 ss.

²⁶¹³ **Hart**, *The Concept of Law*, p. 200; **Coffin**, «Judicial balancing...», p. 25.

inevitavelmente no conteúdo do meio adotado e na ponderação sobre a relação de proporção ou de desproporção.

Nisto se traduz a concepção *pluralista* da ponderação inerente à proporcionalidade e.s.e., que se contrapõe a uma concepção *monista* e excessivamente *formalizada*, como a de ALEXY, PULIDO, KLATT/MEISTER, RIVERS, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA e outros visitados ao longo deste trabalho.

A orientação aqui perfilhada tem, naturalmente, pontos de coincidência com a orientação monista: (i) aceita a inevitabilidade da ponderação no contexto de certas colisões normativas; (ii) admite a possibilidade de uma ponderação racional (e racionalmente demonstrável, embora não em toda a plenitude); (iii) recorre à noção de *comparabilidade*, em alternativa à de *comensurabilidade*, como modo de poder alinhar ordinalmente as razões²⁶¹⁴. Com a orientação monista, a versão pluralista partilha o encargo de encontrar respostas para as acusações de que a ponderação pode traduzir-se na diluição dos direitos e da força normativa da constituição e na proliferação de decisões particularísticas, com os consequentes riscos de perdas de previsibilidade, de coerência e de consistência do sistema jurídico.

Sem embargo, a ponderação não é um método de extrair um resultado de certos fatores fixos, de acordo com um esquema de inferência, um modelo económico ou uma fórmula de cálculo. É um instrumento mediador da operação de *escolha racional*, dentro de certos constrangimentos, assente na base teórica de que por vezes é impossível chegar a decisões racionais ou a uma *única* opção correta de acordo com a razão ou com regras racionais geralmente aceites.

²⁶¹⁴ Embora sendo crítico da ponderação, pode invocar-se **Finnis**: a suposição de que uma escolha não guiada por uma computação dos custos e dos benefícios deve ser forçosamente arbitrária é apenas uma ilusão tecnocrática (*Fundamentals of Ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 91).

Dezanove

A PROIBIÇÃO DO EXCESSO COMO NORMA DE CONTROLO: ESTRUTURA, EXTENSÃO E ALCANCE DOS PODERES DO JUIZ CONSTITUCIONAL

1. Razão de ordem

A circunstância de os destinatários da proibição do excesso como norma de ação e como norma de controlo serem diferentes - legislador, num caso, juiz no outro - e de o enquadramento funcional e institucional de aplicação ser diverso - exercício da função legislativa pelo órgão legislativo, num caso, exercício de função de controlo por órgãos judiciais, no outro - tem consequências metódicas, estruturais e materiais.

Anteriormente distinguimos entre as metódicas cumulativa e condensada²⁶¹⁵. A primeira, desenrola-se através de uma apreciação passo a passo, sucessiva e prejudicial, dos vários segmentos, tendo a norma de superar cada uma das etapas; se uma das sucessivas etapas não for transposta, a norma soçobra de imediato, tornando-se desnecessária - embora não impossível ou sequer imprópria - a apreciação dos passos seguintes. Na segunda, todos os aspetos são condensados e considerados num único passo e não sucessivamente, sendo o juízo sobre a sua conformidade constitucional resultante da apreciação conjunta de todas as variáveis, não se gerando, em rigor, uma relação de prejudicialidade de umas em relação às outras.

Verificámos que a metódica cumulativa se coaduna mal com a fase preparatória e inicial da feitura de normas legislativas. Nesse momento é pouco provável - e talvez pouco praticável, mas não impossível - o funcionamento de um modelo ritualizado

²⁶¹⁵ Cfr. capítulo 14.

e cumulativo, caracterizado pela aplicação sucessiva dos vários segmentos, por fases ou etapas, cada uma delas vocacionada para adquirir um resultado que influencia ou determina as fases seguintes. Nada obsta, porém, à adaptação desse modelo quando o procedimento legislativo atinge uma fase de apreciação de uma iniciativa legislativa formalizada junto do órgão legislativo.

Por seu turno, no processo constitucional, com o seu cariz mais ritualizado, nenhuma dificuldade se levanta a que a proibição do excesso como norma de controlo seja aplicada, irrestritamente e em todos os momentos, segundo o modelo cumulativo. Não é impossível ou implausível a aplicação do modelo condensado, mas a metódica cumulativa é a que melhor se coaduna com o ambiente do processo constitucional, disciplinado que está, como qualquer disciplina processual, por uma tramitação rigorosamente traçada²⁶¹⁶. Em certa medida, essa circunstância proporciona uma ideia mais nítida da estrutura da proibição do excesso e da função desempenhada por cada um dos seus segmentos do que quando a analisamos sob o ângulo de norma de ação.

Há uma questão competencial, que é suscetível, em última análise, de influir na estrutura e conteúdo da proibição do excesso como norma de controlo: sabe-se, à partida, que no exercício do poder de fiscalização o juiz não pode ir além daquilo a que o próprio legislador está obrigado; mas, além disso, pode suceder que o juiz constitucional veja o seu poder jurisdicional não atingir a máxima extensão concebível devido à necessidade de deixar intocada, em alguns domínios, a liberdade de conformação do legislador.

Deixaremos de seguida algumas linhas quanto ao primeiro tema - estrutura da proibição do excesso como norma de controlo -, para nos dedicarmos depois, na maior parte do capítulo, à questão do alcance e extensão dos poderes jurisdicionais de controlo.

²⁶¹⁶ Afirmando insofismavelmente uma metódica cumulativa, acórdão n.º 632/08, do Tribunal Constitucional (n.º 11).

2. A estrutura da proibição do excesso como norma de controlo

2.1. Os três segmentos como imperativo de racionalidade

Alguns autores, numa linha personificada por SCHLINK²⁶¹⁷, recusam que a proporcionalidade e.s.e. de normas legislativas possa ser objeto de controlo judicial. O Tribunal Constitucional português aplica normalmente a versão padrão (os três segmentos tradicionais), mas a sua jurisprudência também oferece exemplos de uma versão curta, a par de versões "longas" e "extralongas"²⁶¹⁸.

A jurisprudência europeia hesita, fornecendo exemplos para todos os gostos (TJUE) ou não permitindo uma clara distinção do exame de vários segmentos (TEDH)²⁶¹⁹. Em alguns Estados, apesar de nominalmente recetivos da proibição do excesso, esta é interpretada ou recebida em mais do que uma versão²⁶²⁰.

Tudo isto mostra que a simetria da proibição do excesso como parâmetro de controlo, com os três segmentos que encontrámos no contexto da proibição do excesso como norma de ação, não é uma inevitabilidade. Embora no plano da *teoria geral* da proibição do excesso se descubra uma cadeia de racionalidade e daí decorra o princípio da *solidariedade* interna dos segmentos da proibição do excesso, não é forçoso que o *direito positivo* (constitucional ou infraconstitucional) ou a prática jurisprudencial consagrem uma plena solidariedade interna entre os vários segmentos da proibição do excesso. Isto é, não é inconcebível que o direito determine que só vigore em certas situações um, *solitariamente*, ou dois, *solidariamente*.

²⁶¹⁷ Como já foi referenciado em ocasiões anteriores, **Schlink, *Abwägung*...**, pp. 76 ss. e 192, partindo da posição de que não há uma ordem de valores constitucionais escalonada que forneça ao juiz constitucional um critério que lhe permita avaliar as ponderações do legislador e invalidá-las, sustenta que o princípio da proibição do excesso como parâmetro de controlo de normas legislativas se deve reduzir, em termos efetivos, à verificação da adequação e da necessidade.

²⁶¹⁸ Cfr. capítulo 5.

²⁶¹⁹ Cfr. capítulo 2.

²⁶²⁰ **Rivers**, «Proportionality and Variable...», pp. 176 ss., distingue entre a conceção da proporcionalidade como "limitadora do Estado" e a conceção da proporcionalidade como "otimização". A primeira seria adotada no Reino Unido e consistiria simplesmente na *apreciação da adequação e necessidade*, ou mais rigorosamente, na verificação da eficiente realização dos fins previamente estabelecidos.

Existe uma cadeia de racionalidade entre os três segmentos²⁶²¹. Num caso, essa cadeia de racionalidade traduz-se no imperativo lógico de a apreciação de um dos segmentos ser forçosamente antecedida pela apreciação de outro; noutro caso, a apreciação de um dos segmentos sem a apreciação prévia de outro constitui um salto lógico que diminui significativamente a racionalidade do controlo e da proibição do excesso; noutros ainda, a apreciação isolada de um ou dois dos segmentos desaproveita o potencial de racionalidade que a proibição do excesso na sua capacidade estrutural máxima oferece.

Primeiro, é logicamente impossível um ato ser necessário para prosseguir certa finalidade sem ser adequado para prosseguir essa finalidade²⁶²². Não é possível apreciar a necessidade de um ato (ou de alternativas a esse ato) sem ter aferido previamente a sua adequação. *Só os meios adequados podem ser necessários*. Logo, da afirmação de que um ato é necessário infere-se forçosamente que é adequado. Por isso é lícito interpretar a doutrina e a jurisprudência mais antigas no sentido de entender que as referências a “meios mais suaves”, “necessidade”, “indispensabilidade” e outras expressões fungíveis sempre englobavam a adequação²⁶²³.

Segundo, embora isso não viole qualquer axioma lógico, há um salto na cadeia de racionalidade quando se examina (e, eventualmente, se conclui) que uma norma é proporcional e.s.e. sem haver a certeza ou sem se ter aquilatado da sua *adequação* para prosseguir o fim, isto é, os efeitos ou consequências materiais visados. Como vimos, a proporcionalidade e.s.e. de uma norma assenta no facto de ela gerar efeitos positivos considerados concretamente mais importantes do que os efeitos negativos. Apesar de ser teoricamente possível contrapesar os efeitos positivos e os efeitos negativos projetados ou efetivamente ocorridos, menosprezando a questão de saber se a norma (o meio) é adequada para atingir o fim inicialmente visado, isso significaria um sério revês na prossecução dos objetivos de racionalização que

²⁶²¹ Implicitamente, **Morais, Curso de Direito Constitucional...**, tomo II, vol. 2, p. 475.

²⁶²² Cfr., neste mesmo sentido, **Pieroth/Schlink, Grundrechte...**, p. 73.

²⁶²³ Uma regra auxiliar de interpretação do direito positivo a deduzir do quadro exposto será a seguinte: quando uma norma determina que algum ou alguns meios se submetam a um padrão de *necessidade*, se a fórmula normativa tiver de ser interpretada restritivamente, isto é, de modo a não abranger *todos* os segmentos elementares da proibição do excesso, nunca poderá ser interpretada de modo a excluir a máxima da adequação. A necessidade não prescinde da apreciação solidária da adequação.

movem a proibição do excesso, uma vez que implicaria um salto na cadeia de racionalidade entre meios e fins, de que o princípio é expoente²⁶²⁴. É por isso que mesmo quando formalmente, ou nominalmente, apenas se menciona o exame da proporcionalidade e.s.e. é plausível que implicitamente se pressuponha o exame da adequação, ainda que isso não tenha expressão visível, ou que a adequação apareça diluída como um dos fatores a ponderar.

E existiria também alguma irracionalidade - embora o salto de racionalidade não seja tão grave - se se admitisse que uma norma pode ser submetida apenas aos segmentos da adequação e da proporcionalidade e.s.e., isto é, se fosse afastada a aplicabilidade da máxima da *necessidade*. Nesse caso aceitar-se-ia como válido uma norma que, embora adequada a atingir certa finalidade, e tolerável tendo em vista a ponderação do efeitos positivos e negativos em confronto, constitui um meio *mais agressivo ou menos suave* do que outros disponíveis com igual ou superior eficiência. Por isso, a definição do princípio da proibição do excesso como um conjunto de elos de racionalidade retira pertinência à insulação do segmento da proporcionalidade e.s.e.^{2625/2626}.

Terceiro, coloca-se a questão de saber se (quando possível do ponto de vista material, metódico e lógico) a apreciação isolada de apenas um ou dois dos segmentos é um desaproveitamento admissível do potencial de racionalidade da proibição do excesso. Esta questão estrutural é, reconhece-se, mais relevante do ponto de vista prático do que as anteriores. Existem sistemas ou testes que deliberadamente se confinam à apreciação da adequação (como o *rational basis test* americano) ou da adequação e da necessidade²⁶²⁷.

²⁶²⁴ Embora com enquadramento diverso, v. Hain, *Die Grundsätze...*, p. 288.

²⁶²⁵ De "emancipação" fala Hirschberg, *Der Grundsatz...*, p. 47. Mas o autor sustenta que a proporcionalidade e.s.e. prescindiria da relação meio-fim, ao contrário da adequação e da necessidade, pelo que poderia funcionar autonomamente.

²⁶²⁶ Outra indicação interpretativa auxiliar: quando uma norma determina a aplicação da máxima da proporcionalidade e.s.e., sem excluir *expressamente* os restantes segmentos, deverá subentender-se a aplicabilidade da adequação e da necessidade. Ou, numa fórmula mais geral: qualquer expressão normativa que se deva interpretar como consagradora do princípio da proibição do excesso, só deve ser entendida restritivamente, isto é, como excludente de algum dos segmentos da proibição do excesso, se houver *claras e expresas* bases semânticas ou textuais nesse sentido. Na ausência de tais bases, deverá concluir-se que foi recebido o princípio da proibição do excesso na sua plenitude.

²⁶²⁷ **Piker, *Proportionality...***, p. 80, sustenta que esta modalidade responde *grosso modo* às situações em que se pretende no essencial garantir a prossecução de um bem, interesse ou valor específico evitando o uso de meios desnecessariamente drásticos, mas sem preocupação de otimização plena através da proporcionalidade e.s.e.

A posição aqui defendida é que o pleno aproveitamento da proibição do excesso como instrumento de racionalidade das decisões públicas impõe que, como norma de controlo, mantenha uma estrutura formalmente semelhante à da norma de ação. Os sistemas ou testes mencionados no parágrafo anterior correspondem a uma precipitação da ideia de proporcionalidade ou de proibição do excesso superada pelo desenvolvimento dogmático da figura.

Isso não obsta a uma *praxis* economizadora de passos inúteis. Se for claro que uma norma *viola* o princípio da proporcionalidade e.s.e. não é absolutamente imprescindível que o juiz constitucional percorra previamente os passos anteriores²⁶²⁸.

2.2. Distribuição equilibrada da carga funcional

À semelhança do que vimos a propósito da proibição do excesso como norma de ação, quando se toma posição sobre os segmentos (um, dois, três) não fica tudo dito. Outra opção estrutural crítica é a da distribuição da carga funcional por cada um deles e até por cada um dos pressupostos.

Quem considera o fim o primeiro elemento na ordem lógica de aplicação/apreciação da proibição do excesso, tende por vezes a construir um modelo de hipertrofia da fase de conformação ou controlo do fim²⁶²⁹, concentrando logo aí a demonstração de que a importância do fim a satisfazer é suficientemente ponderosa para justificar a interferência num certo direito. Os (demais, nessa conceção) segmentos da proibição do excesso desempenhariam apenas a função de abrir espaço para a tentativa de apresentar razões que infirmem a conclusão inicial – provisória e derrotável – sobre a suficiente importância do fim para justificar a interferência²⁶³⁰. Este modelo de hipertrofia da fase da conformação do fim implica que nem sempre tenha de se chegar ao passo da proporcionalidade e.s.e. ou que se lhe dedique uma atenção apenas superficial.

²⁶²⁸ **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 546.

²⁶²⁹ O modelo *top-heavy*, na terminologia de **Réaume**, «Limitations...», p. 7.

²⁶³⁰ **Réaume**, «Limitations...», p. 7.

Inversamente, há quem incorra noutro desvio hipertrófico. Desta feita, hipertrofia da proporcionalidade e.s.e., com desvalorização da fase da conformação do fim e dos segmentos da adequação e da necessidade e concentração de toda a carga funcional decisiva na proporcionalidade e.s.e.²⁶³¹. Quer a definição de um fim suficientemente importante para justificar eventualmente a restrição de um direito, quer os segmentos da adequação e da necessidade funcionariam como meras pré-condições habilitadoras de uma *justificação com sucesso* da medida legislativa, que só poderia ser atingida através da aplicação da proporcionalidade e.s.e.²⁶³².

Entre outros, são traços desta conceção: (i) a colisão de bens, interesses ou valores tutelados através de princípios resolve-se através de otimização e ponderação, que são sempre efetuadas através da aplicação do princípio da proporcionalidade; (ii) o momento de ponderação concentra-se e esgota-se no segmento da proporcionalidade e.s.e.; é aí que se procede (iii) à valoração do peso abstrato dos bens, interesses ou valores a satisfazer, (iv) à valoração do peso abstrato dos bens, interesses ou valores a sacrificar, (v) à valoração da importância da satisfação dos bens, interesses ou valores na situação concreta, (vi) à valoração da intensidade da interferência nos bens, interesses ou valores na situação concreta, (vii) à ponderação da relação entre aquela importância e esta intensidade, com estabelecimento de uma situação de prevalência ou de empate. Nesse momento, é ainda ponderada a fiabilidade das premissas empíricas em que assenta a avaliação da intensidade da interferência e da intensidade da satisfação. Pode sintetizar-se isto tudo na fórmula de peso da Alexy:

$$W_{i,j} = I_i \times W_i \times R_i / I_j \times W_j \times R_i^{2633}$$

Desta visão *hipertrofiada* da proporcionalidade e.s.e. resultam pelo menos dois aspetos discutíveis: (i) a concentração de todos os momentos valorativos na proporcionalidade e.s.e.; (ii) a aparente consideração das variáveis empíricas na fórmula matemática respeitante à proporcionalidade e.s.e.

²⁶³¹ O modelo *bottom-heavy* de Réaume, «Limitations...», p. 9, aliás defendido pela autora.

²⁶³² Réaume, «Limitations...», p. 9.

²⁶³³ «Los Derechos...», p. 16. Cfr., mais desenvolvidamente sobre a fórmula do peso, capítulo 17, 11.3.1.1.4.

A referência de (ii) espelha a orientação dos defensores da teoria dos princípios, com ALEXY à cabeça, de imputar ao segmento da proporcionalidade e.s.e. as questões atinentes ao impacto do grau de certeza epistémica. Isso seria refletido numa segunda lei da ponderação²⁶³⁴ e na fórmula do peso. Porém, esses aspetos, em última análise, reportam-se à extensão (ou repartição) do poder do legislador e do poder do juiz constitucional - uma questão de competências, necessariamente exterior à estrutura argumentativa da proibição do excesso. Por isso, é problemático conceber que possam ser aglutinados num modelo matemático votado à descrição (e, em certa medida, à prescrição normativa) da estrutura argumentativa da proporcionalidade e.s.e.

A orientação que adotamos neste trabalho configura um modelo alternativo aos dois referidos: distribui de forma equilibrada as várias funções pelos pressupostos e pelos três segmentos da proibição do excesso, evitando sobrecarregar especificamente um deles. Esta versão equilibrada assenta em três premissas básicas: (i) pode haver operações de ponderação em momentos que antecedem a aplicação da proibição do excesso, mas (ii) esses momentos de ponderação *prima facie* não prejudicam nem substituem a ponderação própria da proporcionalidade e.s.e.; (iii) a estruturação das variáveis que são usadas na aplicação dos vários segmentos da proibição do excesso, designadamente da proporcionalidade e.s.e., começa antes da aplicação do princípio - logo no momento da determinação do fim - e vai-se desenrolando ao longo do curso de aplicação daqueles segmentos, num processo de aquisição sucessiva que culmina no momento da apreciação da proporcionalidade e.s.e.

2.3. Apreciação/depreciação sucessiva

A última menção à função sucessivamente estruturante dos pressupostos e dos segmentos da proibição do excesso, suscita outro comentário. Algumas das operações em que se traduz a aplicação de cada segmento não podem ser insensíveis

²⁶³⁴ *A Theory...*, cit., p. 419; «Die Gewichtsformel», trad. castelhana, «La fórmula del peso», cit., p. 38 (traduções nossas); v., também, as clarificações de **Rivers**, «Proportionality...», pp. 177 ss.: «lei epistémica da ponderação» ou segunda lei da ponderação: «quanto mais intensa for a interferência num direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que fundamentam a intervenção».

ao modo como a medida legislativa superou a barreira anterior. Por exemplo, se no âmbito da adequação se verificou que o nível de incerteza epistêmica sobre a capacidade de a medida legislativa atingir o fim visado é elevado, isso não pode deixar de ser considerado em sede de necessidade, quando houver que comparar a medida preferida e as medidas alternativas. Por outro lado, a própria carga argumentativa que a medida legislativa transporta sofre um processo de depreciação ou de apreciação à medida que os segmentos da proibição do excesso vão cumprindo as suas funções. Assim, admitamos que na fase lógica da conformação do fim da medida o legislador lhe atribuiu um grau de importância alta e estabeleceu como objetivo uma elevada intensidade de satisfação. Se em sede de adequação se verificar que a medida, embora adequada para atingir o fim, está sujeita a um altíssimo grau de incerteza empírica sobre a possibilidade de o fim ser efetivamente satisfeito com a intensidade visada pelo legislador, a importância e a intensidade de satisfação do fim, tal como fixados pelo legislador, verão a sua força argumentativa depreciada.

2.4. Ordem de apreciação

As orientações propostas sobre a estrutura e as funções da proibição do excesso têm repercussão direta na resposta à questão sobre se a aplicação da proibição do excesso pressupõe uma ordem de apreciação rigorosa ou *convencional*. Há uma regra de precedência que se impõe: a que emerge da *impossibilidade lógica* de um ato ser necessário para prosseguir uma certa finalidade sem ser adequado. A adequação tem sempre de ser objeto de apreciação antes da necessidade.

Não há outras regras de imperatividade lógica. Portanto, em rigor não seria inviável que o processo estivesse estruturado de modo a que o órgão de controlo começasse pelo juízo sobre a adequação ou pelo juízo sobre proporcionalidade e.s.e. Por exemplo, se depois dos atentados de 11 de Setembro de 2001 tivesse sido adotada uma medida legislativa impedindo todas as pessoas que alguma vez houvessem viajado para certos países conotados com a promoção do terrorismo de entrarem, residirem, ou permanecerem nos EUA, poderia começar por se verificar se a satisfação do interesse da segurança nacional e da proteção contra ataques

terroristas era suficientemente ponderosa para justificar limitações à liberdade individual (ponderação da importância do fim em confronto com os bens, interesses ou valores atingidos), contrapesando depois os concretos efeitos negativos e os concretos efeitos positivos da medida, só depois passando à apreciação da adequação e da necessidade.

Sem embargo, do ponto de vista metódico essa opção é contestável. Ela implica prescindir de todas as funcionalidades estruturadoras, racionalizadoras e objetivadoras que os segmentos da adequação e da necessidade desencadeiam e que facilitam *uma boa* e estruturada aplicação do próprio segmento da proporcionalidade e.s.e. Acresce que do ponto de vista da economia processual parece criticável que se encete a operação de ponderação própria da proporcionalidade e.s.e., geralmente complexa, sem executar outras operações prévias, em princípio mais simples, que podem condenar a medida sem mais.

Em suma, não há imperativos lógicos além da precedência da adequação em relação à necessidade. Mas metodicamente há uma ordem aconselhável no contexto do controlo da medida legislativa.

2.5. Operações intelectuais envolvidas

Tal como sucede quando é aplicada como norma de ação, a aplicação da proibição do excesso pelo juiz envolve várias operações intelectuais mediante as quais aquele afere a correção ou a verdade de juízos realizados pelo legislador. São elas: (i) interpretação do direito; (ii) qualificação (jurídica) de factos; (iii) apreciações de facto (diagnósticos, prognósticos); (iv) valorações.

A interpretação e a qualificação relevam, *grosso modo*, para a aplicação de todos os segmentos da proibição do excesso. Aliás, são também centrais para a aferição do preenchimento de pressupostos da aplicação da proibição do excesso, como a determinação do âmbito de proteção das normas constitucionais pertinentes, a verificação da existência de uma colisão normativa entre bens, interesses ou valores e entre posições jurídicas do legislador, a aplicabilidade da proibição do excesso à

norma legislativa que pretende superar aquela colisão e a legitimidade do fim da interferência²⁶³⁵.

É certo que as fronteiras entre interpretação e qualificação jurídica, por um lado, e juízos sobre questões de facto ou empíricas, por outro, e entre todas elas e os juízos de valor, são ocasionalmente fluídas²⁶³⁶. Há situações em que é difícil dizer quando se está perante uma questão de direito ou uma questão de facto. O próprio ambiente processual pode perturbar a resposta. Por exemplo, esta pode variar consoante se esteja no ambiente da fiscalização abstrata ou da fiscalização concreta²⁶³⁷. Assim, subsumir em abstrato (em fiscalização abstrata) os efeitos de uma norma legislativa ao conceito jurídico de interferência num direito fundamental é uma questão de direito; em contrapartida, a subsunção de um efeito jurídico de uma norma legislativa ao conceito de compressão de uma posição jurídica subjetiva individual e concreta pode envolver apreciações empíricas para determinar se efetivamente o titular viu faculdades materiais comprimidas.

Em contrapartida, os outros dois tipos de operações intelectuais - apreciações de facto²⁶³⁸ e valorações - relevam para os segmentos da proibição do excesso em doses diferentes. As apreciações empíricas importam para todos eles, na medida em que são a *única* base da aferição da adequação, são a base *primordial* da apreciação da necessidade e são mediatamente relevantes para a proporcionalidade e.s.e. As valorações não assumem qualquer papel no julgamento da adequação, assumem

²⁶³⁵ V. **Barak, Proportionality...**, p. 436. Como se referiu anteriormente (capítulo 13), a circunstância de haver vários instrumentos de harmonização obriga a que o juiz constitucional, na fase de controlo, qualifique o tipo de colisão sobre o qual a norma incide, de modo a definir o instrumento concretamente aplicável.

²⁶³⁶ A distinção entre questão de facto e questão de direito é uma das questões perpetuamente irresolvidas da teoria do direito. Em Portugal, v. o clássico trabalho de **Castanheira Neves, Questão de facto - questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade**, Almedina, Coimbra, 1967. Na doutrina estrangeira, v. os textos de **William Wilson, Michel Troper, François Rigaux e Patrick Nerhot** inseridos no volume editado por este último, **Law, Interpretation and Reality Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence**, Springer, Dordrecht, 1990.

²⁶³⁷ **Barak, Proportionality...**, p. 438.

²⁶³⁸ Parece indisputado (e partiremos aqui desse princípio, sem discussão) que os tribunais constitucionais não estão limitados à matéria de direito. V. o já clássico «Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», de **Fritz Ossenbühl**; também recomendável, **Brun-Otto Bryde**, «Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in Badura /Dreier, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 533 ss.; **Šušnjar, Proportionality...**, p. 131.

papel variável (mas não primordial) na necessidade e são a *essência* do julgamento da proporcionalidade e.s.e.

3. Extensão e alcance dos poderes do juiz constitucional

3.1. A extensão dos poderes jurisdicionais como objeto e resultado parcial de ponderação

O pleno e irrestrito controlo pelo juiz constitucional de algumas das operações intelectuais realizadas pelo legislador representa uma significativa intrusão no exercício da função legislativa.

À partida, reconhece-se que a interpretação e a qualificação são elementos naturais ou constitutivos da função jurisdicional. Por isso, não há muito a invocar além do clássico e indisputado princípio *jura novit curia*. Nesse domínio, o tribunal pode substituir os juízos do legislador pelos seus sem que isso convoque mais do que a clássica questão da legitimidade e alcance da *judicial review*. Neste capítulo (e neste trabalho) não versamos nem aprofundamos essa discussão.

Já a temática da determinação dos factos legislativos, das prognoses legislativas e das valorações, que nos processos em que se coloca a questão da observância da proibição do excesso assumem uma relevância superior à média dos processos de fiscalização da constitucionalidade²⁶³⁹, é mais controvertida. Por isso, os dois números seguintes debruçam-se, respetivamente, sobre: (i) a extensão e alcance dos poderes do juiz constitucional quanto às apreciações empíricas (diagnósticos, prognósticos) realizadas pelo legislador; (ii) a extensão e alcance dos poderes do juiz constitucional quanto às valorações realizadas pelo legislador.

Na definição desses poderes estão em tensão permanente um conjunto de comandos normativos com sentido potencialmente colidente.

²⁶³⁹ Canas, *Os processos de fiscalização da constitucionalidade...*, p. 149: a apreciação da constitucionalidade de normas suscita tipicamente juízos sobre uma relação de (des)conformidade entre normas constitucionais e não constitucionais.

Por um lado, o princípio da proibição do excesso como parâmetro de controlo que, na sua potencialidade máxima, impõe ao juiz constitucional que exerça aqueles poderes maximamente.

Por outro lado, os princípios democrático e da separação de poderes, que determinam que a liberdade de conformação do legislador seja adequadamente preservada e respeitada. Destes princípios decorrem outros princípios ou subprincípios, mais ou menos gerais. Um deles, já referido anteriormente, é o (i) da variabilidade do poder de exame do juiz constitucional em função da natureza e do alcance da colisão resolvida pela norma legislativa examinada²⁶⁴⁰ e, mais especificamente, em função dos bens, interesses ou valores envolvidos e do grau ou gravidade da interferência ocorrida²⁶⁴¹. Mas outros irão sendo notados ao longo da exposição, entre os quais: (ii) o princípio da vantagem institucional do legislador em certas áreas e a respeito de certos fatores; (iii) o princípio de que quanto mais perto a apreciação do juiz constitucional estiver do momento em que a norma foi produzida, mais vinculada está às apreciações empíricas do legislador; (iv) o princípio de que quanto mais colaborante for o legislador na produção de prova e na argumentação sobre a justificação da norma, menos se justifica a intensificação do exercício dos poderes instrutórios do juiz; (v) o princípio de que quanto maior se provar ter sido o grau de certeza epistémica em que o legislador assentou a sua decisão, maior relevância deve ser dada às conclusões a que chegou; (vi) o princípio de que quanto mais complexa for a nebulosa de bens, interesses ou valores afetados pelas várias alternativas, menor deve ser a amplitude do poder judicial de controlo (*maxime* na apreciação da necessidade); ou (vii) o princípio de que a opção do legislador por alternativas mais interferentes mas menos dispendiosas está sujeita a um controlo judicial ténue.

Em contrapartida, pode suceder que o princípio democrático concorra para a maximalização do controlo da proibição do excesso (em consonância, aliás, com a orientação, defendida por alguns autores, de que a proibição do excesso se funda no princípio democrático²⁶⁴²): quanto menos diretamente legitimado estiver o legislador (como no caso do exercício de poderes legislativos pelo Governo) ou, em

²⁶⁴⁰ V. Introdução.

²⁶⁴¹ Cfr. **Rivers**, «Proportionality and Variable Intensity...», p. 205.

²⁶⁴² **Barak**, *Proportionality...*, pp. 214 ss.

caso de aprovação parlamentar, menor for o consenso obtido, com eventual imposição por uma maioria ou por uma minoria assente na divisão da maioria, mais intenso deve ser o controlo jurisdicional²⁶⁴³.

Desta tensão entre estes e outros vetores parcialmente colidentes podem resultar soluções de compromisso ou de equilíbrio que vigoram independentemente de um juízo enformado pelas circunstâncias do caso. Por exemplo, o princípio de que o controlo da proibição do excesso pelo juiz constitucional se pauta por uma matriz negativa e não por uma matriz positiva (v. *infra*).

Noutros casos, o juiz constitucional tem de efetuar uma ponderação que lhe permita tomar posição sobre o peso de cada um daqueles princípios e subprincípios, com vista a definir quais prevalecem ou assumem maior peso no caso concreto. Esta operação de ponderação ou, mais rigorosamente, de meta-ponderação ou pré-ponderação²⁶⁴⁴, tem equivalência no quadro da atividade do legislador. Havendo colisão de bens, interesses ou valores e verificando-se que o instrumento de harmonização aplicável é a proibição do excesso, o juiz deve identificar os princípios (os seguidores da teoria dos princípios diriam "princípios formais") pertinentes e os fatores materiais, institucionais, temporais e circunstanciais concretamente relevantes. A atribuição de importância a cada um desses argumentos e o respetivo

²⁶⁴³ Harbo, «The Function of Proportionality...», p. 182 (focando especificamente a aplicação no espaço da UE).

²⁶⁴⁴ A ideia de pré-ponderação ou algo dogmaticamente próximo não é desconhecida na literatura, embora com sentidos díspares. Por exemplo, o recente trabalho de Pirker, *Proportionality...*, cit., anda em torno do conceito de pré-ponderação ou *pré-balancing* (v. p. 3, *passim*), caracterizado como o exercício do juiz constitucional que consiste no contrapeso dos argumentos recolhidos do contexto do controlo judicial que permitem determinar como é que a proporcionalidade deve ser aplicada, isto é, até que ponto o seu uso se justifica. Este exercício de *pré-balancing* (considerando o termo *balancing* equivalente ao de análise da proporcionalidade) permite decidir, com base no contrapeso das razões pertinentes, se o tribunal deve, numa situação particular, desencadear uma análise da proporcionalidade e com que extensão. Os fatores/razões a ponderar têm em alguns casos natureza *meta-normativa*, como a história, o modo como o controlo da constitucionalidade se impôs, traços institucionais e a economia política da resolução de litígios. Outros têm caráter *normativo*, como a justificação do controlo da constitucionalidade em si mesmo (que o autor ancora nas *teorias processuais da democracia* e na conceção de que o controlo judicial da constitucionalidade é essencialmente justificado pela necessidade de tutelar valores atinentes ao funcionamento do processo democrático e valores ou interesses nele sub-representados). Anteriormente, Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, pp. 761-763, especulava com a possibilidade de uma ponderação *ad hoc* entre os princípios da liberdade de conformação do legislador e da competência do Tribunal Constitucional para a proteção da eficácia dos direitos fundamentais, que permite que quanto maior for a intensidade da intervenção legislativa no direito, mais intensa seja a intervenção do tribunal, aplicando um critério de justificabilidade ou de intensidade intermédia. Ao invés, quanto menos intenso mais se justifica um critério unívoco de evidência. Contudo, o autor (referindo que é a posição da maior parte da doutrina, o que parece duvidoso) rejeita essa possibilidade, acompanhando o Tribunal Constitucional espanhol que adota exclusivamente um critério de evidência.

contrapeso permitirá definir e calibrar a amplitude, alcance ou extensão dos poderes judiciais de controlo da proibição do excesso, designadamente a amplitude dos poderes instrutórios e dos poderes de valoração do juiz²⁶⁴⁵.

É por isso que a proibição do excesso como norma de controlo está condicionada, limitada ou moldada por um princípio de *variabilidade* dos poderes jurisdicionais do juiz constitucional, que podem ir desde uma *intensidade mínima* até uma intensidade *máxima*, passando por zonas de intensidade *intermédia*, onde fica a maior parte das combinações.

A exposição subsequente procura definir as balizas, as referências e as linhas de argumentação que devem ser respeitadas na definição da referida amplitude, alcance e extensão do poder judicial de controlo das apreciações empíricas (diagnósticos, prognósticos) e das valorações realizadas pelo legislador²⁶⁴⁶.

3.2. Ónus de alegação, de prova, de demonstração ou de argumentação

Em trabalhos sobre a proibição do excesso é vulgar encontrar-se referências a vários tipos de ónus: de alegação, de prova²⁶⁴⁷, de demonstração ou argumentação²⁶⁴⁸, de persuasão ou de convicção²⁶⁴⁹ (por vezes estreitamente ligadas à invocação de presunções, designadamente de constitucionalidade²⁶⁵⁰).

²⁶⁴⁵ Não faltará quem receie que o reconhecimento deste exercício de pré-ponderação se traduza num excesso de competências do juiz constitucional para delimitar as suas próprias competências. V. **Jestaedt**, *Grundrechtsentfaltung...*, pp. 226 ss. (criticando os princípios formais da teoria dos princípios).

²⁶⁴⁶ Que podem, note-se, ser transpostas para outros instrumentos de harmonização, como a proibição do defeito.

²⁶⁴⁷ **Beatty**, *The Ultimate...*, p. 188; **Barak**, *Proportionality...*, p. 311; **Pirker**, *Proportionality...*, p. 27 ("o ónus da prova é uma parte intrínseca de como a análise da proporcionalidade opera no contexto", *ob. cit.*, p. 40).

²⁶⁴⁸ Sobre a carga de argumentação respeitante às premissas jurídicas no contexto de uma teoria da argumentação, v. **Alexy**, *Teoria da Argumentação Jurídica*, trad. de Zilda Silva, pp. 192 ss.; v., também, **Panaccio**, «In Defense of Two Step...», p. 121.

²⁶⁴⁹ **Pirker**, *Proportionality...*, p. 28.

²⁶⁵⁰ Sobre o tema das presunções de constitucionalidade, **Andrade**, *Os Direitos...*, p. 253; **Magnet**, «The Presumption of Constitutionality», in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 18 (1980), pp. 87 ss.; **Burmester**, «The Presumption of Constitutionality», in *Federal Law Review*, vol. 13 (1983), pp. 227 ss.; **Barak**, *Proportionality...*, pp. 438, 444; **Pirker**, *Proportionality...*, p. 29.

Essas referências nem sempre são acompanhadas pela distinção clara entre o que incide sobre questões empíricas (isto é, suscetíveis de prova) e não empíricas²⁶⁵¹. A doutrina portuguesa não desconhece esta temática, embora não a aprofunde. NOVAIS fala algumas vezes de *ónus de argumentação* (a cargo de quem sustenta um âmbito de proteção do direito mais abrangente)²⁶⁵², outras de *ónus de demonstração* (a cargo do legislador, da existência de outro motivo que não o aparente ou invocado pela parte contrária)²⁶⁵³. ANDRADE, aludindo a uma *presunção de constitucionalidade* e de estabelecimento de um equilíbrio aceitável pelas leis que procuram harmonizar os bens, interesses ou valores de sujeitos particulares que entrem em colisão (no contexto da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares), fala também de *um ónus da prova* da inconstitucionalidade da norma a cargo de quem quiser ilidir aquela presunção de constitucionalidade²⁶⁵⁴. PAULO MOTA PINTO admite um ónus de alegação do legislador em situações em que possa estar em causa a limitação ou conformação de direitos fundamentais²⁶⁵⁵. Por norma, estas afirmações não são acompanhadas por esclarecimentos precisos sobre o seu significado ou alcance e tão pouco sobre o respetivo enquadramento doutrinário e dogmático, seja no contexto do direito probatório seja no da repartição de poderes.

Na exposição subsequente assumimos que as apreciações empíricas são suscetíveis de alegação e de prova, bem como de juízos sobre a respetiva *verdade*, enquanto as valorações (tal como as operações de interpretação e qualificação) são apenas suscetíveis de alegação, argumentação ou demonstração que visam persuadir da sua *correção* ou *incorreção*, não sendo suscetíveis de atividade probatória²⁶⁵⁶.

²⁶⁵¹ Distinguindo claramente entre ónus da prova, respeitante às premissas empíricas, e ónus de argumentação, respeitante às premissas normativas, por exemplo, **Dechsling, *Verhältnismäßigkeitgebot***..., p. 28.

²⁶⁵² **Restrições**..., p. 167.

²⁶⁵³ **Restrições**..., p. 235.

²⁶⁵⁴ **Os Direitos**..., p. 253; v., também, **Barak, *Proportionality***..., p. 438.

²⁶⁵⁵ **Paulo Mota Pinto**, «A proteção da confiança...», p. 177.

²⁶⁵⁶ **Šušnjar, *Proportionality***..., p. 184; **Rui Rangel, *O Ónus da Prova no Processo Civil***, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 28 (uma qualificação jurídica não é objeto direto de prova, só podendo ser estabelecida através da prova de factos).

O setor da doutrina que fala de *ónus de demonstração* ou de *argumentação*²⁶⁵⁷ pretende inculcar que mesmo quando não se trate de *provar factos* se justifica a imposição de um *ónus* e não de uma simples faculdade de as partes oferecerem argumentos²⁶⁵⁸. Quando uma parte apresenta argumentos insuficientes sobre uma premissa que sustenta a sua posição e o tribunal não complementa esses argumentos com outros mais fortes, embora eles eventualmente existam, a circunstância de a parte estar sujeita a um *ónus de argumentação/demonstração* leva a que decaia. Por outro lado, em situações de incerteza moral ou valorativa, a existência de um *ónus de argumentação/demonstração* serve para desfazer o impasse decisório, conduzindo a uma decisão desfavorável a quem não produziu *argumentação/demonstração* convincente²⁶⁵⁹.

No desenvolvimento subsequente, discutiremos se se justifica falar de um verdadeiro *ónus de prova* em processo constitucional. As conclusões a que chegarmos aplicam-se por maioria de razão a um eventual *ónus de demonstração, argumentação ou persuasão*.

3.3. A jurisdição constitucional como veículo de justificação

Na definição dos contornos essenciais da extensão e alcance dos poderes do juiz constitucional, há que ter em conta um aspeto fundamental da atual ordem constitucional: as normas que estruturam o processo constitucional devem estar, mais do que em qualquer outro domínio, ao serviço da função *de justificação* das decisões do Estado.

Fala-se hoje de um dever geral de justificação (e até de *direito à justificação* que, em parte, *justifica* a própria jurisdição constitucional como limite ao legislador²⁶⁶⁰). O primeiro titular do *dever geral de justificação* é o próprio legislador. O juiz

²⁶⁵⁷ V., por exemplo, **Panaccio**, «In Defense of Two Step...», p. 121.

²⁶⁵⁸ **Panaccio**, «In Defense of Two Step...», p. 121.

²⁶⁵⁹ **Panaccio**, «In Defense of Two Step...», p. 122.

²⁶⁶⁰ A pertinência, estrutura, conteúdo e alcance deste direito não podem ser aqui estudados. Sobre o tema da justificação, **Klatt / Schmidt, Spielräume im Öffentlichen Recht...**, *cit.*; **Kumm**, «The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification...», *cit.*; **Cohen-Eliya / Porat**, «Proportionality and the Culture of Justification», *cit.*; **Alexy**, «Comments and Responses», *cit.*

constitucional é a segunda instância do cumprimento desse dever²⁶⁶¹, na medida em que é interpelado e convocado quando qualquer setor da sociedade que não sinta devidamente representados os seus interesses ou perspectiva constitucional na decisão legislativa procura uma "segunda instância" de argumentação, debate e justificação.

Todavia, mais do que uma "competição" institucional entre legislador e juiz, há *complementaridade*. O juiz desempenha um papel adjuvante no processo de justificação e não um papel concorrente. Esta é, aliás, uma das pedras de toque do discurso legitimador da fiscalização da constitucionalidade (ou da *judicial review*, na tradição norte-americana) num sistema democrático com separação de poderes. Através da fiscalização da constitucionalidade é desencadeado um processo de determinação dos fundamentos da lei e de apreciação da sua justificação. Em muitos casos, o próprio legislador é forçado a intervir nele, apresentando e demonstrando as razões das suas escolhas. Em qualquer caso, o juiz constitucional desenvolve um processo "socrático" (KUMM) que visa estimular e, em última análise, assegurar o cumprimento do dever geral de justificação, através do cumprimento do dever de fundamentação, com apresentação transparente dos aspetos determinantes da formação da sua convicção.

Qualquer modelo do processo constitucional não pode deixar de refletir essa função, qualquer que seja o paradigma que incorpore ou reproduza.

4. Em especial: os poderes instrutórios do juiz constitucional

A determinação da extensão e alcance dos poderes do juiz constitucional quanto às apreciações empíricas enquadra-se na questão mais vasta da definição da repartição de tarefas, funções ou responsabilidades de cada sujeito processual no âmbito do processo de fiscalização da proibição do excesso. Isto cruza-se inevitavelmente com o que a doutrina processualista designa direito probatório material e os seus domínios principais: objeto da prova, repartição do ónus da

²⁶⁶¹ V. **Urbano**, «A Jurisprudência...», p. 45: "o dever ou ónus de fundamentação vincula [...] tanto o legislador como o TC..."; **Paulo Branco**, *Juízo de ponderação...*, p. 119.

prova, meios de prova admissíveis e critérios de avaliação ou apreciação da prova²⁶⁶². Adicionalmente, relevam considerações respeitantes ao caso julgado. Teoricamente, há duas estratégias para a construção de um quadro explicativo coerente da inter-relação entre estas várias dimensões: (i) uma estratégia específica do direito (processual) constitucional²⁶⁶³; (ii) uma estratégia de transposição de pilares essenciais de outras ordens processuais. Exemplo da primeira é a conhecida jurisprudência do *BVerfG* que distingue entre três níveis de intensidade de exame: controlo de evidência, defensabilidade e controlo material intensivo²⁶⁶⁴. No plano estritamente doutrinal há também propostas relevantes²⁶⁶⁵.

²⁶⁶² Sobre a problemática em geral, relevam, à cabeça, as clássicas obras de **Jeremy Bentham**, como *A Treatise on Judicial Evidence*, de 1825. De resto a bibliografia é extensa (não obstante a difusa convicção de que o direito e a teoria da prova são um parente pobre da dogmática, apesar da sua fulcral relevância prática). V. **William Twining**, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Northwestern University Press, Evanston, 1994 (2.^a ed., 2006); **Kazazi**, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals*, Kluwer, London, 1996; **Kokott**, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, Kluwer, London, 1998; **Ian Dennis**, *The Law of Evidence*, 2.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2004; **Alex Stein**, *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005; **Barak**, *Proportionality...*, pp. 434 ss.; na doutrina portuguesa, recomenda-se (e segue-se de perto na exposição) **Miguel Teixeira de Sousa**, *As partes, o objecto...*, cit.; **Rangel**, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit.; **Trindade**, «Prova, justificação e convicção racional ...», cit. (com profusa indicação de bibliografia atualizada); **Maria Clara Calheiros**, *Para uma Teoria da Prova*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015 (também como muitas indicações bibliográficas).

²⁶⁶³ Alicerçada na crescente autonomização do processo constitucional: sobre essa tendência, **Morais**, *Justiça Constitucional*, tomo II, 2.^a ed., p. 557.

²⁶⁶⁴ *Evidenzkontrolle* (por exemplo, *BVerfGE* 36, pp. 1 ss.), *Vertretbarkeitskontrolle* (*BVerfGE* 91 pp. 1 ss.), *intensiviert inhaltliche Kontrolle* (*BVerfGE* 7, pp. 377 ss.). **Clérico**, *El examen de proporcionalidad...*, p. 73, cita o caso da cogestão (*BVerfGE* 50, p. 290), identificando os três níveis de controlo como controlo de evidência, controlo de representatividade, controlo intensivo do conteúdo. Sem embargo, sustenta noutro passo que só com algum artificialismo se reduz o grande manancial de possibilidades a apenas estas três categorias, mesmo no caso alemão (*ob. cit.*, p. 148). **Pulido**, *El principio de proporcionalidad...*, p. 736, nota que os três níveis de intensidade do escrutínio foram inspirados na jurisprudência dos EUA quanto ao direito de igualdade (v. *supra*, capítulo 3, a aplicação de diferentes níveis de escrutínio consoante o tipo de classificação de uma discriminação: suspeita, quase suspeita, não suspeita). Sobre o tema, entre muitos, **Stelzer**, *Das Wesensgehaltargument...*, pp. 296 ss.; **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, p. 65. Crítico dos três níveis, **Christian Rau**, *Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

²⁶⁶⁵ V., por exemplo, **Rivers**, «Proportionality and Variable Intensity...», p. 203, distinguindo três situações de auto restrição judicial: grau elevado (o tribunal estará indisponível para questionar a visão do decisor primário de que aquilo que é necessário para atingir um certo nível do interesse público é equilibrado), grau moderado (o tribunal querará verificar que os custos e os ganhos são mais ou menos equivalentes), grau diminuto (que reduz o conjunto das decisões ao mínimo: o tribunal necessitará de se convencer que a decisão em causa, mesmo que necessária, é realmente a melhor maneira de otimizar os relevantes direitos e interesses). Também esta fórmula não escapa às observações de instabilidade de critérios que endereçamos de seguida à orientação do *BVerfG*.

Um dos problemas principais da construção do *BVerfG* é que é quase tão ambígua quanto popular (inclusive na jurisprudência constitucional portuguesa). O critério principal em que assenta é o da repartição de poderes processuais. No controlo material intensivo, o juiz constitucional assume poderes instrutórios de alta intensidade, remetendo-se os demais sujeitos processuais a um papel mínimo. A intensidade do poder do juiz constitucional reduz-se progressivamente no controlo de defensabilidade e no controlo de evidência. A redução dos poderes do juiz constitucional tem um reflexo importante ao nível da imposição dos ónus de alegação, argumentação e prova sobre os outros sujeitos processuais²⁶⁶⁶. Com as questões da repartição do "poder processual" mesclam-se questões respeitantes ao grau de prova ou convicção exigíveis para a declaração de inconstitucionalidade por violação da proibição do excesso.

Apesar de relativamente consolidado, este quadro conceptual, de raiz pretoriana, é ambíguo e casuístico. Por isso compreende-se a tentação de muitos para simplesmente recorrerem às matrizes mais conhecidas e mais estabilizadas do processo civil ou até do administrativo²⁶⁶⁷. Aliás, mesmo quem adota como ponto de referência a doutrina alemã das três modalidades de intensidade de controlo, recorre amiúde aos paradigmas do processo civil.

Há certamente raízes conceptuais comuns. Por exemplo, no processo constitucional, como nos demais ramos processuais, função da prova é a demonstração convincente da realidade de um facto ou da veracidade de uma afirmação de facto²⁶⁶⁸. Especificamente nos processos de fiscalização da proibição do excesso, releva toda a atividade de prova, os meios de prova e o resultado da prova realizada²⁶⁶⁹, na medida em que tal fiscalização suponha a formação da convicção

²⁶⁶⁶ Tem-se admitido que a distinção se repercute na repartição da carga da prova e da argumentação: no controlo de evidência o ónus de prova ou de argumentação cabe a quem alega a inconstitucionalidade, enquanto no controlo de defensabilidade cabe ao legislador; no controlo material intensivo, o juiz não estaria condicionado nem pelas concepções, argumentos ou prova de quem suscita a fiscalização, nem pelas do legislador. Sobre isto, **Clérico**, «Sobre la prohibición...», pp. 182 ss., 190.

²⁶⁶⁷ **Morais**, *Justiça Constitucional*, tomo II, 2.ª ed., p. 556.

²⁶⁶⁸ **Miguel Teixeira de Sousa**, *As partes, o objecto...*, p. 195; o conceito proposto por **Rangel**, *O Ónus...*, p. 22, é mais restrito, uma vez que se centra na comprovação da verdade das afirmações feitas pelas partes no processo.

²⁶⁶⁹ Tem-se aqui subjacente o conceito tridimensional de prova, isto é, como *atividade, meio e resultado*: cfr. **Miguel Teixeira de Sousa**, *As partes, o objecto...*, p. 195; **Rangel**, *O Ónus...*, p. 22.

do tribunal sobre a realidade de factos relevantes (e eventualmente controvertidos) e das afirmações sobre eles para a apreciação da adequação, da necessidade e, mais remotamente, da proporcionalidade e.s.e. Os factos são o objeto *imediato* da atividade probatória. As afirmações ou argumentos sobre os factos são o objeto *mediato* dessa atividade.

Mas essa raiz conceptual comum claudica quando se vai mais fundo.

Observem-se, por exemplo, as noções de facto e de facto relevante. Comummente, para efeitos de prova, facto é qualquer elemento de uma *previsão legal*, com exceção dos juízos de valor²⁶⁷⁰. Consideram-se factos (constituindo objeto de prova): (i) os acontecimentos suscetíveis de serem determinados no tempo e no espaço (factos externos); (ii) factos hipotéticos; (iii) estados anímicos ou psíquicos²⁶⁷¹. Ora, o legislador normalmente não identifica os factos relevantes com referência à previsão normativa. Por outro lado, a noção de facto legislativo, isto é, de facto que é relevante para o desempenho da função do legislador, tem muitas vezes uma carga especulativa e de incerteza que se distingue dos factos singulares que relevam em outras ordens processuais. Podem não ser irrelevantes factos singulares passados ou contemporâneos suscetíveis de ser determinados no espaço e no tempo. Mas para exame do cumprimento dos segmentos da proibição do excesso interessam sobretudo factos hipotéticos e contingentes, como o de que a instalação de câmaras de videovigilância aumenta a segurança nas zonas centrais das cidades, ou o de que a submissão dos passageiros a rastreios corporais elevadamente intrusivos reforça significativamente a possibilidade de evitar ataques terroristas nos voos, ou o de que a diminuição dos salários do setor público produz um efeito virtuoso na economia nacional. Como veremos, o próprio grau de certeza com que o legislador tomou a medida é relevante, como facto a considerar pelo tribunal e a ser objeto de um primeiro nível de atividade probatória.

²⁶⁷⁰ Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto...*, p. 196.

²⁶⁷¹ Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto...*, p. 196.

4.1. Extensão dos poderes instrutórios

4.1.1. Os paradigmas subjetivista e objetivista

Há traços comuns que, por norma, se encontram em todos os modelos processuais. Mas, descontando esses traços comuns, os modelos tendem a reconduzir-se a paradigmas subjetivistas ou objetivistas.

O que distingue essas duas matrizes é, basicamente, a diferença de pontos de partida sobre os interesses primordiais a acautelar em processo constitucional, o papel e a extensão do poder do juiz constitucional e dos demais sujeitos processuais e a maior ou menor importação dos quadros típicos da ordem processual de referência, a civil. De seguida focaremos dois modelos teóricos mais ou menos puros cuja precipitação concreta envolve frequentemente a matização dos traços essenciais, transmutando-se por vezes em modelos híbridos.

4.1.1.1. Traços comuns

Em nenhum dos modelos o juiz constitucional possui normalmente poder de iniciativa. Os processos de fiscalização da constitucionalidade de ações ou omissões legislativas exigem por regra um impulso inicial exterior ao tribunal, adote-se um modelo subjetivista ou objetivista.

Esse impulso inicial consubstancia-se na fixação do *thema decidendum* pelo autor/requerente externo: a ação/omissão que pretende ver apreciada pelo juiz constitucional. Pode falar-se de um verdadeiro ónus de fixação do objeto do processo.

Por outro lado, no que diz respeito à apreciação de matéria de facto pelo juiz constitucional também não há diferenças assinaláveis entre os dois modelos quanto (i) aos meios de prova admissíveis, (ii) ao regime de avaliação da prova, e (iii) à graduação da prova e da convicção necessárias para dar como provadas afirmações sobre factos.

Teoricamente não se exclui nenhum dos meios de prova tipificados na lei civil (confissão, documentos, peritagem ou arbitramento, inspeção judicial, depoimentos

de testemunhas e apresentação de coisas), embora alguns desses meios tenham reduzida plausibilidade ou pertinência no processo constitucional.

Sobre o tema da avaliação da prova, sabe-se que em processo civil tanto pode vigorar um sistema de prova legal como um sistema de livre apreciação da prova, sendo também concebíveis sistemas mistos. No primeiro, o valor a atribuir aos meios de prova está fixado legalmente. No segundo, o tribunal determina com liberdade o valor da prova produzida. Em processo constitucional, de um modo geral, o juiz constitucional aprecia livremente a prova²⁶⁷². Nesse caso, apela-se à convicção íntima ou subjetiva do tribunal, a qual, além de dever respeitar as leis da ciência e do raciocínio, pode assentar numa regra ou máxima de experiência²⁶⁷³. Essas regras da experiência podem corresponder ao senso comum ou a um conhecimento técnico ou científico especializado²⁶⁷⁴. A convicção do tribunal extraída dessas regras de experiência é uma convicção *argumentativa*, isto é, uma convicção demonstrável através de um argumento²⁶⁷⁵. A prova assim obtida cede perante contraprova²⁶⁷⁶. O processo constitucional só é compatível com este sistema de livre apreciação da prova, uma vez que parece inviável a aplicação de um sistema de prova legal ou mesmo de um sistema misto²⁶⁷⁷.

A questão dos graus de prova e convicção necessários representa um desafio dogmático importante, pelo que merece tratamento especial autónomo (v. *infra*).

²⁶⁷² Embora haja exceções. No acórdão n.º 289/92 do Tribunal Constitucional estava em causa, entre outras, a questão de saber se a Assembleia da República aprovara efetivamente na especialidade certas normas. O Tribunal recusou a aplicabilidade circunstancial de um princípio de livre apreciação da prova, sustentando que esta só poderia ser produzida através do *Diário da Assembleia da República*: "Com efeito, na falta de aprovação do Diário, e que nos termos do artigo 122º, n.º 6, do Regimento da Assembleia da República vale como "expressão autêntica" do ocorrido na sessão plenária, não pode o Tribunal fazer juízos de probabilidade, coligir indícios e examiná-los segundo um princípio de livre apreciação da prova. Não se trata de fazer prevalecer a forma: o que está em causa é a observância das regras relativas à tramitação do procedimento legislativo, nomeadamente as contidas no Regimento da Assembleia da República. E o Tribunal não pode fazer "letra morta" desses preceitos, prescindir do único documento com força probatória - o Diário depois de aprovado."

²⁶⁷³ Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto...*, p. 239.

²⁶⁷⁴ *Idem*.

²⁶⁷⁵ *Idem*.

²⁶⁷⁶ *Idem*, p. 240.

²⁶⁷⁷ Por exemplo, não se consegue imaginar uma situação em que a aplicação de um dos segmentos da proibição do excesso implique que se produza prova através de documentos autênticos e que o juiz constitucional tenha de lhes atribuir a força probatória do artigo 371.º do Código Civil.

4.1.1.2. O paradigma subjetivista

No paradigma *subjetivista* o processo é primordialmente encarado como a via própria para sujeitos processuais que tenham o estatuto de partes (investidos, designadamente, nas posições de autor e de réu) defenderem os respetivos interesses particulares ou os interesses que estão a seu cargo. Só mediatamente o processo é a via para a defesa do interesse objetivo da constitucionalidade. Isto implica a entrega às partes da faculdade de dispor do processo e de aspetos determinantes da sua tramitação, remetendo-se o juiz a um papel essencialmente passivo. A prevalência de um pendor subjetivista convive bem com a adaptação de conceitos do direito material probatório importados dos processos com essa configuração, embora não se exclua que esse quadro tenha de sofrer algumas modificações pontuais.

O modelo subjetivista adaptado ao controlo da constitucionalidade foi o desenvolvido pela *judicial review* norte americana²⁶⁷⁸. Olhando para os ordenamentos onde a proporcionalidade clássica tem sido gradualmente recebida, pode concluir-se que esse modelo predomina nos sistemas mais ou menos tributários ou influenciados pela *common law*, como os do Reino Unido, Canadá,

²⁶⁷⁸ Para verificar os altos níveis de complexidade que um sistema de prova pode atingir no contexto constitucional, v., por exemplo, **Faigman**, «Madisonian balancing...», esp. pp. 655 ss., com mais referências. O autor apresenta um sistema complexo de repartição do ónus de prova – quer de produção, quer de persuasão – entre quem invoca a invalidade da medida restritiva dos direitos e quem sustenta a validade, em nome da prossecução de interesses públicos. O ónus da prova incide sobre: *constitutional-rule-facts* (que são apresentados para sustentar uma particular interpretação da constituição, texto, espírito da norma, precedente, doutrina, valores prevalecentes); *constitutional-review-facts* (factos que o Tribunal apura e avalia de acordo com uma norma constitucional para determinar a constitucionalidade de uma ação estatal: por exemplo saber se a *nude dancing* encoraja a prostituição, a criminalidade, etc., substanciando um interesse público em limitá-la, limitando a liberdade de expressão artística); *adjudicative facts*, factos peculiares e próprios da disputa e que têm de ser vistos sob a norma constitucional pertinente (*ob. cit.*, pp. 656-657). Este sistema complexo de repartição do ónus da prova permite que a carga da prova seja distribuída de forma diferente consoante, por exemplo, o direito ou a dimensão do direito em causa. Assim, a publicação de material pornográfico pode ser considerada abrangida pela liberdade de expressão e de publicação, mas é uma dimensão marginal daquela liberdade. Nessas circunstâncias - no esquema de Faigman – cabe a quem invoca a invalidade da restrição produzir prova da violação/restricção do direito, cabe ao autor da medida fazer prova do interesse público que a justifica (e da sua importância) e cabe de novo ao *challenger* da medida o ónus de fazer *prova persuasiva* de que o interesse não é suficientemente pesado para justificar a restrição. Em casos de dimensões menos marginais, a carga da prova persuasiva pode caber, ao invés, ao autor da medida legislativa.

Israel, África do Sul, Austrália ou Nova Zelândia²⁶⁷⁹. É também adotado no âmbito de convenções internacionais de direitos²⁶⁸⁰. Na Europa continental a sua aplicação é propícia ao ambiente processual da chamada queixa constitucional ou recurso de amparo, onde exista.

Neste quadro, a incorporação dos padrões do processo típico, o civil²⁶⁸¹, é quase automática. O processo constitucional é concebido como um processo de partes, essencialmente regido pelo princípio do dispositivo. Sobre os factos a provar (*thema probandum*) vigora um regime de disponibilidade, sendo delimitados pelas afirmações das partes, que estão sujeitas a um *ónus de alegação* ou de *afirmação*²⁶⁸². É certo que, tal como já em processo civil, há factos presumivelmente muito relevantes para um juízo de constitucionalidade que não estão submetidos ao ónus de alegação (embora possam ser alegados), não carecendo, portanto, de ser provados pela parte (embora possam ser objeto de atividade de prova das partes): factos notórios (históricos, económicos, naturais) e de conhecimento funcional (no exercício da função jurisdicional) e ainda factos de conhecimento oficioso²⁶⁸³. No entanto, o princípio é o do ónus de alegação.

Fora este primeiro aspeto, não é possível enunciar um tronco único do paradigma subjetivista. A modalidade aplicável sempre dependerá de critérios de política, justiça e conveniência, o que obsta à possibilidade de um esquema universalmente aplicável²⁶⁸⁴. Acresce que mesmo um modelo com cunho subjetivista tem de reconhecer traços específicos dos processos em que estão em causa questões de constitucionalidade e em que o Estado, designadamente o legislador, é um dos sujeitos processuais: a especial qualificação dos deveres de lealdade, cooperação e boa-fé do Estado, a discrepância no acesso pelas partes à informação, a necessidade de o Tribunal dispor de poderes que lhe permitem ordenar que o legislador produza

²⁶⁷⁹ Cfr. **Barak, *Proportionality*...**, pp. 437 ss.

²⁶⁸⁰ *Idem*, p. 441.

²⁶⁸¹ Sobre esses padrões, v., em geral, **Castro Mendes, *Do Conceito de Prova em Processo Civil***, Ática, Lisboa, 1961; **Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto*...**, pp. 195 ss.; **Rangel, *O Ónus da Prova*...**, cit.; **Trindade**, «Prova, justificação e convicção racional...», cit.

²⁶⁸² **Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto*...**, p. 204. Noutro contexto doutrinal, fala-se de *burden of pleading*: v., por exemplo, **Barak, *Proportionality*...**, p. 449.

²⁶⁸³ **Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto*...**, p. 207.

²⁶⁸⁴ **Barak, *Proportionality*...**, p. 443.

prova sobre certos factos²⁶⁸⁵. Por isso, as concretizações do modelo subjetivista podem assumir alta complexidade e suscitar insupríveis dúvidas sobre a repartição do ónus de alegação e prova.

No que respeita ao ónus da prova subjetivo, isto é, à repartição do ónus da prova pelas partes e à conduta que estas devem desempenhar na prova²⁶⁸⁶, veja-se, por exemplo, o resultado de um tratamento doutrinário recente: quanto aos factos que provam a limitação do direito, o ónus da sua apresentação (ou ónus da prova subjetivo) cabe à parte que se opõe à norma²⁶⁸⁷; quanto aos factos destinados a demonstrar que a limitação é justificada, o ónus de apresentação cabe ao legislador²⁶⁸⁸; todavia, no caso específico do segmento da necessidade, os factos que demonstram a existência de uma alternativa mais suave do que a assumida pelo legislador têm de ser alegados e provados pela parte que os alega²⁶⁸⁹; inversamente, a prova dos factos que demonstram que as alternativas alegadas não promovem o fim da norma ao mesmo nível cabe ao legislador²⁶⁹⁰. No espírito deste modelo, não se exclui que possa vigorar a regra de que os factos alegados pela parte não impugnados pela outra parte se consideram (ou se ficionam) admitidos por acordo²⁶⁹¹.

Em situações de *non liquet*, isto é, de impossibilidade de o tribunal alcançar convicção sobre os factos ou afirmações a provar²⁶⁹² ou, mais rigorosamente, de impossibilidade de atingir o grau de convicção ou de prova que é exigida, mais uma vez o modelo subjetivista liga no essencial o juízo do tribunal à atividade das partes. Para isso, recorre-se, tal como no processo civil, a um artifício: o *ónus da prova objetivo*²⁶⁹³. Em regra, o ónus da prova objetivo acompanha o subjetivo, decidindo

²⁶⁸⁵ *Idem*, pp. 452-453.

²⁶⁸⁶ Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto...*, p. 216. Na linguagem anglo-saxónica fala-se de *ónus de produção de prova* ou evidência (*burden of producing evidence*): v. Barak, *Proportionality...*, pp. 437 ss.

²⁶⁸⁷ Barak, *Proportionality...*, p. 438.

²⁶⁸⁸ *Idem*, p. 439.

²⁶⁸⁹ *Idem*, p. 449.

²⁶⁹⁰ *Idem*, p. 449.

²⁶⁹¹ Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto...*, pp. 204-207.

²⁶⁹² *Idem*, p. 215.

²⁶⁹³ *Ónus de persuasão* (*burden of persuasion*): cfr. Barak, *Proportionality...*, p. 437.

o tribunal contra a parte onerada pela prova do facto se esse facto não tiver ficado provado²⁶⁹⁴. Isto é, perante a dúvida sobre a realidade do facto de que depende a decisão do tribunal, este decide como se estivesse provado o facto contrário²⁶⁹⁵. Em regra, ao longo da lide o juiz desempenha um papel essencialmente passivo, sendo excecional a intervenção corretiva ou complementar da atividade das partes. Cabe-lhe apreciar os argumentos/alegações e elementos de prova apresentados por estas e tomar uma posição sobre eles (*iudex secundum allegata et probata indicare debet*). Se o requerente não conseguir produzir prova que suscite a convicção do juiz de que a medida é efetivamente excessiva, esta subsiste. Esta é a orientação mais protetiva da posição do legislador, uma vez que à partida não tem de provar que a medida é válida, basta-lhe esperar que o requerente não demonstre que é inválida.

Sobre a decisão final recairá, por norma, caso julgado.

Uma expressão radical deste modelo subjetivista é proposta no contexto doutrinal da *proporcionalidade pragmática* de BEATTY. Para este, o processo destina-se à apreciação e averiguação de questões de facto tal como apresentadas pelas partes, de acordo com a avaliação que estas fazem da sua própria situação²⁶⁹⁶. O juiz funciona como uma entidade neutral, que está obrigada a deixar os seus próprios valores e inclinações morais fora da sala de audiências. Os casos não se resolvem simplesmente procurando o sentido original do texto constitucional, como defendem os *originalistas* (como BORK ou SCALIA), ou ajudando aqueles que estão sub-representados no processo político, como sustentam alguns *processualistas* (como ELY), ou abrindo as portas das decisões judiciais a teorias morais ou do direito apadrinhadas pelos juízes (como sustenta DWORKIN). Também não se resolvem vinculando a aplicação judicial do Direito a conceções meramente interpretativistas²⁶⁹⁷. Impõe-se o pragmatismo, baseado na análise dos factos

²⁶⁹⁴ Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto...*, p. 217.

²⁶⁹⁵ *Idem*, p. 216. Isto não é substancialmente diferente do que conclui Barak, *Proportionality...*, pp. 453-454: em caso de *non liquet* o Tribunal deve decidir contra quem deve justificar a limitação.

²⁶⁹⁶ Beatty, *The Ultimate*, p. 187.

²⁶⁹⁷ Beatty, *The Ultimate*, pp. 37 ss., 171: o autor rejeita também uma simples análise de custos/benefícios, que, como se viu, anima certas conceções do princípio clássico da proporcionalidade.

específicos de cada caso²⁶⁹⁸. Os juízes devem deixar falar os factos por si: “os juízes que deixam os factos – e as partes – falar por si normalmente não têm problemas em identificar quais os interesses que são superiores em qualquer caso individual. Os juízes sabem só através do olhar”²⁶⁹⁹. “Quando os juízes estão preparados para olhar para todos os factos de um caso honestamente e com imparcialidade não têm dificuldade em ver e fazer o que está certo”²⁷⁰⁰. “Quando se cingem aos factos, as simpatias pessoais dos juízes para com as partes nunca entram em jogo”²⁷⁰¹. Nesta perspetiva, os juízes devem avaliar a constitucionalidade de uma lei apreciando o modo como aqueles que vêm os seus bens, interesses ou valores satisfeitos e aqueles que vêm os seus bens, interesses ou valores atingidos autoavaliam pessoalmente o que ganham e o que perdem com a norma legislativa²⁷⁰².

Desconsiderando por agora a visão redutora do princípio da proporcionalidade clássica subjacente à construção de BEATTY²⁷⁰³, não parece que o processo constitucional seja tão linear, mesmo à luz de uma orientação subjetivista. A razão principal da insubsistência desta tese na sua radicalidade subjetivista é inadvertidamente fornecida pelo próprio BEATTY quando admite que há situações em que o tribunal tem de fazer a sua própria avaliação sobre quão significativa e relevante é a lei para os seus defensores e detratores. Na verdade, as partes podem estar tão alienadas pelo caso que tenham a inclinação de exagerar as suas pretensões²⁷⁰⁴. Ora, se esta é uma situação que o autor admite como provável, então admite que, *pelo menos em certos casos*, o juiz está obrigado a recorrer a quadros normativos *exteriores* às partes, designadamente aqueles que lhe são dados pela constituição e, eventualmente, as teorias morais a que aderem. Só dessa forma é possível *valorar* o significado bom ou mau que a lei tem para aquelas partes. Um sistema de *judicial review* com um juiz completamente passivo e *value free* não é, por

²⁶⁹⁸ Beatty, *The Ultimate...*, pp. 53, 182 ss.

²⁶⁹⁹ Beatty, *The Ultimate...*, p. 73.

²⁷⁰⁰ Beatty, *The Ultimate...*, p. 112.

²⁷⁰¹ Beatty, *The Ultimate...*, p. 166.

²⁷⁰² Beatty, *The Ultimate...*, pp. 160, 184.

²⁷⁰³ Essa conceção redutora ignora basicamente a posição central da proporcionalidade e.s.e. no contexto da proibição do excesso, desconsiderando as operações valorativas - baseadas num quadro factual, mas não meramente factuais e objetivas - em que esta assenta. No mesmo sentido, Barak, *Proportionality...*, pp. 477 ss.

²⁷⁰⁴ Beatty, *The Ultimate...*, p. 168.

consequente, concebível, porque os juízes são convocados a corrigir a atividade das partes. Por outro lado, pode suscitar-se a dúvida sobre se esta é exceção ou a regra (como os defensores da aplicação das teorias morais, com DWORKIN à cabeça, sustentam). BEATTY não mostra em nenhum lugar que seja simplesmente a exceção, apenas dá por adquirido que é.

4.1.1.3. O paradigma objetivista

No modelo *objetivista*, o processo constitucional funciona primacialmente como instância de defesa do interesse objetivo da constitucionalidade e só mediatamente como veículo de eventual defesa de outros interesses específicos, designadamente de interesses particulares prosseguidos por algum dos sujeitos processuais.

Nestas circunstâncias, os sujeitos processuais que não o juiz não têm a faculdade de dispor do processo e de condicionar a sua tramitação, ou só têm uma faculdade limitada. Aqueles sujeitos processuais são insubstituíveis apenas para o impulso inicial. Na tramitação subsequente esses atores desempenham um papel secundário²⁷⁰⁵.

Em contrapartida, o juiz constitucional usufrui de amplos poderes de condução do processo e, designadamente, instrutórios. A adaptação dos padrões típicos do direito material probatório tal como praticados no processo civil é menos óbvia, mas não se exclui liminarmente a sua utilidade referencial.

A traço grosso, não existe, desde logo, ónus de afirmação, de alegação ou de argumentação, quer do requerente da fiscalização, quer do autor da norma fiscalizada. Por os processos de controlo da constitucionalidade/proibição do excesso visarem a proteção de interesses objetivos de constitucionalidade, não é deixada à responsabilidade e livre arbítrio do legislador ou de quem se opõe à norma legislativa a seleção e carreamento da prova que o juiz constitucional aprecia para formar a sua convicção.

Nessa medida, vigora o princípio do inquisitório. Cabe ao tribunal definir quais os factos relevantes a provar, delimitando-os (designadamente no tempo) e incumben-

²⁷⁰⁵ Cfr., por exemplo, o que se passa no processo do TEDH: Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 185 ss.

lhe promover todas as diligências de prova que repute necessárias, aproveitando ou não a colaboração dos interessados no processo. Concomitantemente, não há repartição subjetiva do ónus de prova. A magnitude dos poderes inquisitórios do tribunal constitucional permite a ampla utilização de qualquer tipo de meio de prova, mesmo que atípico (desde que não ilícito).

Não vigora uma regra de que os factos alegados pela parte não impugnados pela outra parte se consideram (ou ficionam) admitidos por acordo²⁷⁰⁶. Nessa perspetiva, a não impugnação pelo legislador dos factos alegados pelo requerente não tem efeitos cominatórios, não equivale a admissão ou confissão.

As presunções, pelo menos as inilidíveis, convivem mal com o sistema objetivista²⁷⁰⁷.

Por outro lado, em situações de *non liquet*, abundantes quando se trata da prova dos dados empíricos que fundamentam a decisão legislativa, não vigora um ónus da prova objetivo. O insucesso do legislador ou do opositor em trazer ao processo a prova pertinente e decisiva não implica a decadência da sua posição. Isso coloca, naturalmente, a possibilidade de impasses. Um dos modos de superação sugeridos por alguma doutrina é o recurso à aplicação de princípios formais²⁷⁰⁸. Não provada a inadequação ou a desnecessidade e não provada igualmente a não inadequação ou a não desnecessidade, pode recorrer-se, por exemplo, aos princípios formais da separação de poderes e da liberdade de conformação do legislador democrático, que determinam que a superação do *non liquet* se faça a favor da não inadequação ou não desnecessidade.

²⁷⁰⁶ Cfr. **Miguel Teixeira de Sousa**, *As partes, o objecto...*, pp. 204-207.

²⁷⁰⁷ Embora não falem na doutrina propostas sobre sistemas de presunções. V., por exemplo, **Panaccio**, «In Defense of Two Step...», p. 124: uma *presunção básica de não violação de um direito*, que pode ser ilidida através da demonstração de interferência desse direito; esta ilisão desencadeia uma outra presunção, a *presunção de violação*. Esta pode ser também ilidida, designadamente através da demonstração pelo legislador de que a norma legislativa é um meio proporcionado para satisfazer um fim, sendo a interferência justificada.

²⁷⁰⁸ Procurando colmatar uma lacuna da teoria dos princípios - a ausência de consideração aprofundada do contexto institucional de aplicação da proporcionalidade, designadamente pelo juiz constitucional e a densificação da ideia de deferência -, **Alexy** propôs princípios formais que contribuem para a definição de balizas da relação entre legislador e juiz constitucional: v., sobretudo, o aprofundamento da teoria dos princípios formais no epílogo à versão inglesa, *A Theory...*, pp. 414 ss. Esta doutrina tem vindo a ser aprofundada pelos seguidores. V., por exemplo, **Raabe**, *Grundrechte und Erkenntnis...*, cit.; **Virgílio Afonso da Silva**, *Grundrechte und gesetzgeberische...*, cit.; **Borowski**, «The structure of Formal Principles...», cit. Todavia, a doutrina dos princípios formais tem sido objeto de críticas. V. um apanhado geral em **Pirker**, *Proportionality...*, p. 66; **Hwang**, «Verfassungsgerichtliche Abwägung...», cit.

Sobre a situação de facto ou os factos apurados ou provados de acordo com a convicção do tribunal não incide caso julgado (ao invés do que sucede em processo civil/penal²⁷⁰⁹), podendo por isso ser objeto de nova apreciação em processos subsequentes sobre a mesma norma ou outra. Em processo constitucional a decisão incide sobre a validade de uma norma e não sobre uma dada situação de facto. A própria regra do caso julgado - sobre a validade da norma - não vigora nos termos em que vigora no processo civil ou penal. Uma norma não declarada inconstitucional hoje pode ser fiscalizada de novo amanhã, daí podendo resultar um juízo diverso sobre a constitucionalidade.

4.1.1.4. As versões híbridas

Frequentemente são construídas versões que mesclam traços salientes dos modelos puros. Ou então, mantém-se a matriz básica mas moderam-se ou suprimem-se alguns dos seus aspetos mais extremos²⁷¹⁰.

A conceção subjetivista de quase total disponibilidade do objeto pelas "partes" é dificilmente compaginável com a ideia da constitucionalidade como interesse geral ou objetivo. Mais do que qualquer outro contexto processual, o processo constitucional é endemicamente sensível à necessidade de não deixar a delimitação dos factos a provar à exclusiva responsabilidade das "partes", mesmo que vigore o ónus de alegação. Por exemplo, o modelo subjetivista não pode ignorar que autor do processo e legislador têm frequentemente desigual acesso aos elementos de prova²⁷¹¹. Por isso, uma repartição do ónus subjetivo da prova que coloque sempre a cargo do primeiro a prova de factos legislativos que apontem no sentido da invalidade pode tornar ínfimas as possibilidades de sucesso. Esta observação, bem como o reconhecimento de vantagens institucionais do juiz em certos domínios, concorre a favor da rejeição de princípios rígidos como o do *actori incumbit probatio*. Isso abre espaço aos poderes instrutórios do juiz constitucional,

²⁷⁰⁹ Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto...*, p. 206.

²⁷¹⁰ V. Schlink, «Proportionality in Constitutional Law...», pp. 299-300.

²⁷¹¹ Assim, Barak, *Proportionality...*, pp. 447-448.

que pode promover o aperfeiçoamento de prova deficiente do legislador²⁷¹² ou a prova sobre factos não alegados por quem tomou a iniciativa ou não alegados/considerados pela "contraparte" (no caso, o legislador). Pode até admitir-se alguma discricionariedade judicial quanto à repartição daquele ónus²⁷¹³.

Simetricamente, o modelo objetivista, além de admitir que a iniciativa do processo pertença a quem se mova por interesses próprios - diferentes do interesse da constitucionalidade -, pode acomodar um ónus de alegação *mínima*, incidente sobre o autor da iniciativa, que permita uma verificação preliminar da plausibilidade e que acautele preocupações básicas de economia processual²⁷¹⁴, de modo a garantir que o juiz constitucional ocupe tempo e recursos materiais em questões de constitucionalidade que se sustentem num mínimo de argumentação e viabilidade. Nessas circunstâncias, a ausência de um mínimo de alegações pode suscitar uma recusa liminar de apreciação.

Além desse mínimo, a *faculdade* (e não ónus) de afirmar, alegar ou argumentar, que sempre existirá no modelo objetivo, pode ser convertida num verdadeiro *dever* de colaboração. Num modelo objetivo, este dever de colaboração, que vigora noutros regimes processuais, impõe-se redobradamente no que toca ao legislador²⁷¹⁵. Nessa medida, o requerente, o legislador ou terceiros que detenham elementos relevantes para o trabalho do tribunal devem carrear para o processo esses elementos.

²⁷¹² **Barak**, *Proportionality...*, pp. 452-453.

²⁷¹³ Cfr. **Rivers**, «Proportionality, Discretion...», p. 182; **Pirker**, *Proportionality...*, pp. 27-28.

²⁷¹⁴ Sobre a abordagem económica ao regime da prova v., por todos, **Richard Posner**, «An Economic Approach to the Law of Evidence», acedido em Junho de 2014 em http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=165176

²⁷¹⁵ **Barak**, *Proportionality...*, p. 450, sustenta que, mesmo num esquema subjetivista, o Estado tem um duplo dever de lealdade e de redobrada boa fé perante os cidadãos, enquanto os indivíduos também têm o dever de agir justamente em algumas situações, embora com intensidade e alcance diferentes daqueles deveres do Estado.

4.1.2. Visão geral do modelo português

Em trabalho anterior discutimos e tomámos posição sobre o modelo que deflui da Constituição e da lei²⁷¹⁶. Aí apresentámos os fundamentos que sustentam a qualificação do modelo português como predominantemente objetivista²⁷¹⁷, rejeitámos genericamente a caracterização dos processos de fiscalização da constitucionalidade como processo de partes²⁷¹⁸ e só admitimos manifestações residuais do princípio dispositivo²⁷¹⁹. O modelo português coincide no essencial com o modelo objetivista descrito, corrigido de modo a evitar alguns dos inconvenientes ventilados.

Esta indicação geral não dissipa todos os problemas decorrentes de a Constituição e a LOFPTC serem omissas em relação a apreciações de facto e prognoses, à produção de prova (com exceção do artigo 64.º-A da LOFPTC²⁷²⁰), à prova admissível, ao grau de prova e de convicção exigíveis, etc. A inclinação objetivista explica em parte esse cheque em branco a favor do juiz constitucional²⁷²¹, mas não integralmente. Importa, pois, ver onde é que aquele modelo conduz quando se trata de determinar em que se traduzem os poderes do juiz constitucional na aplicação dos segmentos da proibição do excesso: (i) embora só fiscalize a constitucionalidade por iniciativa exterior, usufrui de poderes instrutórios de alcance variável que lhe permitem selecionar os factos relevantes a provar, podendo determinar ou promover oficiosamente a produção de prova que vá além da (eventualmente) produzida pelo legislador ou pelo autor da iniciativa, bem como prescindir da apreciação dos factos e da prova que aqueles tragam a juízo; (ii) não está sujeito a uma formalização apertada quanto ao *iter* lógico da formação da

²⁷¹⁶ Canas, *Os processos de fiscalização...*, cit.

²⁷¹⁷ Canas, *Os processos de fiscalização...*, pp. 56, 62, *passim*; cfr. **Morais, Justiça...**, tomo II, 2.ª ed., p. 559.

²⁷¹⁸ Canas, *Os processos de fiscalização...*, pp. 75, 81.

²⁷¹⁹ *Idem*, p. 134.

²⁷²⁰ Artigo 64.º-A da LOFPTC: "O presidente do Tribunal, o relator ou o próprio Tribunal podem requisitar a quaisquer órgãos ou entidades os elementos que julguem necessários ou convenientes para a apreciação do pedido e a decisão do processo."; cfr. **Morais, Justiça...**, tomo II, 2.ª ed., p. 559.

²⁷²¹ A expressão cheque em branco foi usada em 1971, perante panorama semelhante na Alemanha, por **Philippi, Tatsachenfeststellung des Bundesverfassungsgerichts** (*apud*, **Ossenbühl**, «Die Kontrolle...», p. 461).

decisão, estando menos condicionado do que o juiz comum pelas regras gerais sobre admissibilidade de meios de prova e força probatória; (iii) por isso, pode formular um juízo geralmente livre sobre a verdade e alcance dos factos revelados pelos meios de prova, sendo todos os meios legítimos, desde que não proibidos por razões axiológicas; (iv) pode formar a sua convicção por qualquer meio racional, prevalecendo a sua convicção real e não uma convicção artificialmente construída a partir do processo lógico-dedutivo delimitado pela lei²⁷²²; (vi) mesmo nos casos em que a situação de *non liquet* ou de mera plausibilidade (requerendo-se evidência) abre a porta a uma decisão a favor do meio adotado pelo legislador, gradua a incerteza epistémica, de modo a tomá-la em consideração nos passos subsequentes da verificação do cumprimento do princípio da proibição do excesso, se outros houver.

4.2. Intensidade dos poderes instrutórios

Mesmo partindo de uma matriz objetiva e da vigência de um princípio do inquisitório que transige com amplos poderes instrutórios do juiz constitucional, a extensão e o alcance desses poderes e a intensidade com que podem ser exercidos dependem de vários fatores.

A extensão e alcance dependem de fatores que estudaremos adiante.

A intensidade de exercício, por seu turno, depende de (i) fatores materiais, (ii) fatores institucionais e (iii) fatores circunstanciais. Da refração concreta desses fatores resulta a maior ou menor possibilidade de intensificação do exercício dos poderes instrutórios. A variação da intensidade do exercício dos poderes instrutórios, na manifesta (e porventura inevitável) ausência de clara indicação constitucional, resulta de ponderações realizadas pelo próprio juiz no caso

²⁷²² Em ambientes processuais em que a formação da convicção do juiz está sujeita a parâmetros mais formalizados do que o do processo constitucional pode suceder que a convicção real do juiz não coincida com as conclusões inferenciais geradas pelo escrupuloso cumprimento do processo lógico de decisão, tal como traçado pela lei. No contexto da teoria da decisão judicial discute-se se nestes casos deve prevalecer a convicção do juiz, ou se esta deve ceder perante as razões para uma decisão contrária a essa convicção, extraídas da prova produzida nos termos da lei processual. Sobre isso, v. o ensaio de **Trindade**, «Prova...», *cit.* Essa divergência é menos plausível no processo constitucional.

concreto, balizadas pelos princípios gerais que decorrem do que se escreve seguidamente.

4.2.1. Fatores materiais

Há um princípio *formal* da variabilidade da intensidade de instrução (ou, mais latamente, de *exame*), nos termos do qual quanto mais séria for a interferência no bem, interesse ou valor sacrificado e quanto maior o valor abstrato desse bem, maior deve ser a intensidade instrutória do juiz constitucional²⁷²³.

Se os bens, interesses ou valores objeto de interferência forem posições jurídicas subjetivas, particularmente direitos, liberdades e garantias, a intensidade do exame e dos poderes instrutórios deverá ser maior do que se estiver em causa a interferência em outros interesses públicos ou coletivos cuja afetação esteja excecionalmente sujeita à proibição do excesso.

4.2.2. Fatores institucionais

Há fatores institucionais que condicionam o exercício das competências de fiscalização da constitucionalidade de atos legislativos em geral que, embora não especificamente relacionados com a aplicação do princípio da proibição do excesso, se refletem no controlo desta. Entre eles merece particular consideração o alcance, a natureza e o regime das competências do juiz constitucional, variáveis de ordenamento para ordenamento de acordo com o sistema de fiscalização dos atos legislativos adotado (concreto/abstrato, preventivo/sucessivo, incidental/principal, por ação/por omissão, com efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*, etc.).

É relevante, por exemplo, se o juiz constitucional tem não apenas a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de normas legislativas com força obrigatória geral, mas também de definir soluções substitutivas através de sentenças atípicas de

²⁷²³ Em termos confluentes, **Rivers**, «Proportionality and Variable Intensity...», pp. 177, 205 (quando mais séria for uma limitação de direitos, maior prova será requerida pelo tribunal de que a base factual da limitação foi corretamente estabelecida e maior argumentação exigirá de que alternativas menos intrusivas são, tudo considerado, menos desejáveis).

provimento ou de não provimento que contrariem eventuais desvantagens decorrentes de lacunas criadas com a erradicação formal de normas integrantes de um ato legislativo²⁷²⁴.

Essa vertente institucional é muito relevante, designadamente quando o juiz constitucional está obrigado a proceder a operações de comparação de alternativas, como sucede com a aplicação do segmento da necessidade. Nessas circunstâncias, além de poder declarar a violação do segmento da necessidade e de poder erradicar o ato (*rectius*, as normas do ato) que consume tal violação, o juiz constitucional pode adotar uma solução alternativa conforme com aquele segmento, ou pelo menos enunciar o sentido dessa alternativa. Esta possibilidade tornaria o juiz constitucional num órgão quase legislativo, não podendo deixar de ter consequências ao nível da gama de poderes instrutórios de que dispõe e da intensidade com que os exerce²⁷²⁵.

A par destas, há condições institucionais especificamente atinentes à aplicação dos segmentos da proibição do excesso.

Algumas das condições institucionais favorecem tendencialmente a posição do legislador. Na literatura menciona-se a distribuição constitucional de competências, o melhor domínio dos factos empíricos, o acesso a fontes especiais de saber e de aconselhamento, a especialização, o grau e o tipo de legitimidade democrática (direta ou indireta) do legislador²⁷²⁶. Estas condições institucionais podem

²⁷²⁴ Sobre estas decisões pronunciámo-nos em várias ocasiões de forma desenvolvida: v., entre outros, *As Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional...*, cit. e *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*, cit.; «Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público», in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2 (Jul./Dez. 2003), pp. 225 ss.

²⁷²⁵ Cfr. **Novais**, *As restrições...*, p. 751, afirmando genericamente que no nosso ordenamento o juiz constitucional tem *sempre* e em qualquer circunstância apenas o poder de anular a medida considerada desnecessária, remetendo para posterior atividade do legislador a adoção de medida não inconstitucional, ou mantê-la em vigor; na mesma linha, **Nogueira**, *Direito Fiscal...*, p. 106 (“ao órgão encarregue do controlo cabe apenas determinar se existe uma medida que apresente um menor dano interferente e não – como alguns arguem – a concreta indicação da medida menos restritiva ou gravosa”). Nos trabalhos citados na nota anterior somos em geral menos perentórios do que estes autores. Sem embargo, reconhecemos a delicadeza do tema e a necessidade de extrema cautela na eventual admissão deste tipo de poderes do juiz constitucional.

²⁷²⁶ V. a exposição desenvolvida de **Brady**, *Proportionality...*, pp. 76 ss.: o autor desenvolve uma teoria da proporcionalidade sensível às condições institucionais dos decisores (incluindo legislador) e dos juízes; também, **Clérico**, *El examen...*, p. 149, enumerando os argumentos funcionais que sustentam a proteção da liberdade de conformação do legislador: legitimidade democrática, maior capacidade para ajuizar adequadamente a complexidade de cada situação, possibilidade de correção, maior aceitação das suas decisões; **Hickman**, «The Substance...», p. 697.

justificar ou inculcar uma atitude de *deferência* do juiz constitucional, traduzida, designadamente, na atenuação da intensidade e profundidade do exame ou na prevalência das apreciações empíricas do legislador.

Se a constituição distribui competências entre o legislador e o juiz, atribuindo o poder *dispositivo* ao primeiro, isso deve ter consequências. O legislador não pode ser desprovido do núcleo essencial desse poder dispositivo, o que implica reconhecer-lhe preeminência na coleção da evidência empírica ou um crédito de confiança em situações de incerteza epistémica empírica. Se o legislador dispõe de acesso a informação sobre a situação de facto mais próxima, mais regular, mais atual, mais baseada numa relação quotidiana com os problemas, isso implicará que em situações de incerteza prevaleçam as suas representações da realidade e não as que o juiz, eventualmente, pudesse figurar alternativamente. Se o legislador domina certos conhecimentos técnicos, ou tem acesso a conhecimento especializado mais profundo (*vantagem institucional comparativa* ou *especialização relativa*²⁷²⁷), a deferência justifica-se.

Contudo, esta inclinação das vantagens institucionais a favor do legislador não é uniforme.

É certo que, por um lado, ela se impõe quando se trata de calcular o impacto orçamental das medidas adotadas ou das alternativas, ou de áreas como as da fiscalidade, da regulação económica ou comercial, ou do direito laboral. Aí, o juiz constitucional debate-se presumivelmente com défice de informação e de especialização. Nessas circunstâncias, admite-se mais pacificamente (ou impõe-se, como no caso do impacto na despesa pública) uma atitude de deferência, traduzida num labor instrutório menos profundo.

Mas, por outro lado, nota-se que há domínios substantivos onde essa inclinação pode não ser evidente e onde o próprio juiz pode reivindicar uma posição de *vantagem institucional comparativa* ou de *especialização funcional relativa*. Por exemplo, as áreas da política criminal ou dos mecanismos de defesa judicial são áreas onde se pode admitir uma vantagem institucional comparativa do juiz constitucional (mesmo quando é um juiz constitucional especializado) sobre o

²⁷²⁷ **Rivers**, «Proportionality and Variable...», p. 200; **Choudhry**, «So What Is the Real Legacy...», p. 512; **Hickman**, «The Substance...», p. 697; **Alison L. Young**, «In Defense of Due Deference», in *The Modern Law Review*, vol. 72 (2009), pp. 554 ss.; **Brady**, *Proportionality...*, p. 23.

legislador²⁷²⁸. Por outro lado ainda, nos casos em que a norma legislativa visa a proteção de direitos, liberdades e garantias – e não interesses coletivos –, como nas situações sujeitas à proibição do defeito, a posição do juiz como *defensor dos direitos* ganha maior peso²⁷²⁹. Nesse âmbito pode admitir-se que o juiz está legitimado quer para a realização de um escrutínio mais intenso e mais profundo, quer para a atribuição de um peso relevante às próprias apreciações de facto.

Acresce que os aspetos considerados podem assumir um *peso* diferenciado em cada circunstância, mesmo nas áreas ‘dominadas’ pelo legislador²⁷³⁰. De um ponto de vista democrático, podia pensar-se que o legislador diretamente legitimado (em Portugal, AR e assembleias legislativas) poderia reivindicar maior deferência do que o legislador indiretamente legitimado (o Governo). Todavia, o carácter direto ou indireto da legitimação não é decisivo²⁷³¹, havendo que considerar conjugadamente vários fatores: (i) se o legislador é o parlamento por iniciativa própria, o governo, o parlamento por impulso do governo ou um parlamento regional; (ii) sendo um órgão parlamentar, se usufrui de capacidades próprias comparáveis às do governo ou se, como é norma, dispõe apenas de capacidade limitada de apuramento dos factos e de competências técnicas insuficientes, eventualmente só colmatadas com a mobilização dos meios ao serviço do governo (a especialização do parlamento, nesses casos é derivada, ou por osmose); (iii) se segue procedimentos abertos, transparentes e participativos de deliberação, capazes de absorver posições variadas, provenientes de quadrantes plurais e de canalizar para o debate legislativo as múltiplas visões sobre os temas.

²⁷²⁸ Por exemplo, no caso do Supremo Tribunal do Canadá, a vantagem comparativa do Tribunal sobre o legislador leva a uma atitude de menor deferência judicial nessas áreas da política legislativa: **Choudhry**, «So What Is the Real Legacy...», p. 512; **Brady, *Proportionality*...**, pp. 116-117; céptico sobre a especialização do juiz em certas áreas, **Endicott**, «Proportionality and Incommensurability», p. 340.

²⁷²⁹ Cfr. **Brady, *Proportionality*...**, p. 106.

²⁷³⁰ Mesmo as decisões que envolvam as áreas dominadas pelo legislador podem implicar sérias questões de direitos, a propósito dos quais a vantagem institucional pertence ao juiz constitucional: cfr. **Brady, *Proportionality*...**, p. 106.

²⁷³¹ A ideia de que o legislador *diretamente* legitimado é mais merecedor da deferência judicial em relação às apreciações de facto do que o legislador *indiretamente* legitimado, pode ser acusada de algum artificialismo num quadro político-constitucional em que a legitimação indireta não significa legitimação mais fraca e em que, verdadeiramente, o legislador com legitimidade indireta tem mais e melhor informação: cfr. **Brady, *Proportionality*...**, pp. 107 ss.

4.2.3. Fatores circunstanciais

Num modelo subjetivista pode haver ónus de alegação ou de argumentação e ónus da prova pendentes sobre o legislador. Num modelo objetivista em regra há uma mera faculdade - eventualmente qualificada por um dever de colaboração - de aquele fazer afirmações e apresentar prova sobre os dados empíricos que fundaram a sua decisão e que sustentam a validade da norma à luz da proibição do excesso. Comum aos dois modelos é o presumível interesse do legislador de produzir as afirmações de facto e de carrear os elementos de prova pertinentes. Se o fizer, não há nenhuma razão relacionada com o seu grau de diligência que determine uma intensificação da atividade instrutória pelo juiz constitucional, mesmo que a prova diligentemente oferecida não seja suficiente para criar o grau de convicção exigível em concreto. Como veremos adiante, essas situações concorrem, quanto muito, para uma decisão de acordo com critérios de superação do *non liquet* e não para um uso especialmente intensivo dos poderes instrutórios do juiz.

Mas há situações de comportamento anómalo ou abaixo do limiar de razoabilidade que podem suscitar a intensificação da atividade instrutória do juiz constitucional. Assim, se o legislador se eximir deliberadamente de qualquer intervenção processual ou optar por uma intervenção minimalista (oferecendo, por exemplo, o “merecimento dos autos”, como a AR faz habitualmente), ou carrear para o processo argumentos e elementos manifestamente erróneos, ou que revelam uma apreciação empírica pouco cuidada, eventualmente sustentada em meras especulações ou opiniões, sem correspondência ou vinculação racional à realidade²⁷³², isso pode não produzir efeito cominatório, mas suscita inevitavelmente um acréscimo da intensidade dos poderes instrutórios do juiz constitucional.

Nessas circunstâncias, os poderes instrutórios e a profundidade de exame atingem a *intensidade máxima*: poderes instrutórios reforçados do juiz constitucional, mobilização de todos os meios de prova que considere próprios, apreciação exaustiva de factos passados, independentemente de terem sido considerados pelo legislador ou não, escrutínio apertado das prognoses, com possibilidade de

²⁷³² Barak, *Proportionality*..., pp. 309-310.

substituição. Caso, apesar disso, no espírito do juiz se forme uma profunda e radical incerteza epistémica, pode até suceder que o *non liquet* se traduza, nessas circunstâncias específicas, na declaração de violação da proibição do excesso e não na deferência para com as apreciações presumivelmente realizadas pelo legislador democrático.

Outro fator circunstancial é o da intensidade da intervenção legislativa, especialmente relevante na apreciação da necessidade. Uma intervenção legislativa mais intensa, mesmo no contexto de uma versão lata da necessidade, suscita um exame mais intenso. Isto é, se o legislador opta pela alternativa elegível comprovadamente mais satisfatória e mais interferente, espera-se do juiz constitucional uma atividade probatória mais intensa.

4.3. Objeto dos poderes instrutórios

4.3.1. A questão do duplo nível das questões empíricas

O controlo judicial da adequação e da necessidade impõe a prova e a apreciação das avaliações empíricas (diagnósticos, prognósticos) realizadas pelo legislador aquando da produção da norma, bem como, em dadas circunstâncias, avaliações empíricas posteriores a esse momento²⁷³³. Mas há um outro nível de avaliação essencialmente empírica que antecede aquela: trata-se da avaliação do estatuto empírico da decisão do legislador. Esses dois níveis de apreciação empírica e prova são estudados de seguida.

4.3.1.1. Primeiro nível

O tema dos estádios empíricos da decisão do legislador foi estudado a propósito dos segmentos da adequação e da necessidade²⁷³⁴. Identificámos então os diferentes

²⁷³³ V. *infra*, neste capítulo.

²⁷³⁴ V. capítulos 15 e 16.

estádios epistémicos em que assenta a ação do legislador: (i) certeza absoluta; (ii) certeza relativa; (iii) incerteza epistémica empírica parcial positiva; (iv) incerteza epistémica empírica parcial negativa; (v) incerteza epistémica empírica total. Sustentámos que o legislador pode agir - emitir normas - se verificado um dos três primeiros. Decisão em situação de incerteza, desde que parcial positiva, vale como situação de certeza. Assinalámos, todavia, que isso poderia ter sequelas ao nível do controlo da norma. Veremos de seguida quais podem ser. Trata-se de hipóteses que muito dificilmente ocorrerão - ou serão provadas - mas que não merecem dúvidas. Por agora importa estabelecer que o substrato epistémico da decisão do legislador é objeto de um primeiro nível de apreciação pelo juiz constitucional. O juiz deve apurar, através dos elementos de prova apropriados, em que condições epistémicas foi tomada aquela decisão. Se comprovar que o foi em situação de (iv) incerteza epistémica empírica parcial negativa ou (v) incerteza epistémica empírica total, a norma legislativa é inválida. Uma norma sobre a qual o legislador não tem a certeza de que é adequada e/ou necessária, inclinando-se para que não é, ou que lhe suscita dúvidas insuperáveis sobre a sua adequação e/ou necessidade, é uma norma que não preenche os preceitos mínimos de racionalidade. O grau de prova exigível neste primeiro nível de julgamento dos aspetos empíricos é o mesmo que o do segundo nível. As graduações de prova possíveis serão estudadas em breve.

4.3.1.2. Segundo nível

O segundo nível de julgamento das questões de facto pressupõe que o juiz use os seus poderes instrutórios para reunir prova sobre todos os dados de facto respeitantes à (in)adequação e à (des)necessidade.

Esta formulação - (in)adequação, (des)necessidade - indicia uma questão preliminar: o objetivo da atividade probatória é a demonstração da adequação e da necessidade ou a demonstração da inadequação e da desnecessidade?

Começaremos por aí, antes de estudarmos o modo como a estrutura da proibição do excesso como parâmetro de controlo condiciona a atividade probatória e qual o balizamento temporal a que esta está sujeita.

4.3.1.2.1. Objeto da atividade probatória

4.3.1.2.1.1. Formulações positiva e negativa do objeto da atividade probatória

A questão pode ser colocada da seguinte forma: no processo está em causa a produção de prova sobre a inadequação e desnecessidade da norma ou sobre a sua adequação e necessidade? O exercício dos poderes instrutórios do juiz visa a produção de prova sobre inadequação e a desnecessidade de uma norma ou a produção de prova sobre a adequação e a necessidade? Interessa ao legislador carrear prova para o processo que concorra para demonstrar que a medida é adequada e necessária, ou basta-lhe aguardar que não seja produzida prova demonstrando que é inadequada ou desnecessária? O objetivo do processo é estabelecer *-positivamente* -a adequação e a necessidade ou verificar *-negativamente* - a inadequação e a desnecessidade?

A questão não é meramente teórica. A resposta que a ela se dê tem um impacto decisivo (i) na superação da situação resultante de a produção de prova não permitir concluir se a medida é ou não (in)adequada ou é ou não (des)necessária (*non liquet*) e (ii) na exigibilidade de decisões de defensabilidade.

Vejamos por agora o que sucede nas situações de *non liquet*, uma vez que as chamadas decisões de defensabilidade são tratadas mais adiante.

4.3.1.2.1.1.1. Superação do *non liquet* na formulação positiva

Se no processo houver que provar *positivamente* que a norma é adequada, há que demonstrar que a norma é intrinsecamente apta a alcançar o fim traçado pelo legislador. Se houver que provar *positivamente* que é necessária, isso passa pela demonstração (praticamente inalcançável, uma vez que se trata de provar um facto negativo universal) de que não há nenhuma outra alternativa menos interferente e pelo menos igualmente satisfatória. Uma situação de *non liquet* supera-se com a

declaração da invalidade da norma. O *non liquet* significa que não é possível provar que a norma é adequada e/ou necessária, tal como não é possível provar que é inadequada e/ou desnecessária (*incerteza epistémica empírica total*).

4.3.1.2.1.1.2. Superação do *non liquet* na formulação negativa

Ao invés, se no processo houver que provar *negativamente* que a norma é inadequada, há que demonstrar que a norma não é intrinsecamente apta a alcançar o fim traçado pelo legislador. Se houver que provar *negativamente* que é desnecessária, isso passa pela demonstração de que há outra alternativa menos interferente e pelo menos igualmente satisfatória. Uma situação de *non liquet* supera-se com a não declaração da invalidade da norma. O *non liquet* significa que não é possível provar que a norma é inadequada e/ou desnecessária, tal como não é possível provar que é adequada e/ou necessária (*incerteza epistémica empírica total*). Isto só não será assim em situações extremas, como aquela em que o legislador falhou a apresentação de qualquer argumentação e o juiz, tendo exercido os seus poderes instrutórios com a máxima intensidade, não conseguiu ele próprio chegar a uma inclinação num ou noutro sentido.

4.3.1.2.1.2. Regime vigente

É fácil de concluir que a segunda opção - formulação negativa - protege mais a decisão do legislador do que a primeira. Para que a norma subsista basta que não seja produzida prova que mostre a sua inadequação ou desnecessidade.

Qual das matrizes - positiva ou negativa - vigora?

Estes casos configuram, em princípio, uma situação em que há uma colisão entre duas posições ou convicções em relação aos dados empíricos relevantes: a posição - expressa ou presumida - do legislador, que entende que aqueles sustentam a adequação e a necessidade (ou pelo menos a não inadequação e a não desnecessidade) da norma; a posição do juiz, que não consegue superar uma

situação de dúvida insanável sobre se os dados empíricos sustentam a adequação e a necessidade ou a inadequação e a desnecessidade.

Um via possível - e proposta por alguns autores - para superar esse impasse seria invocar uma presunção geral de constitucionalidade das leis ou das normas legislativas. Esta presunção implicaria que sempre que não se demonstre a inconstitucionalidade a norma deve ser tida como não inconstitucional. Daí decorreria a adoção da segunda opção: em situações de *non liquet* a norma presume-se constitucional.

Sem embargo, uma presunção geral de constitucionalidade das normas legislativas é difícil de fundamentar numa ordem constitucional que reconhece que as normas legislativas são frequentemente inconstitucionais e que, para enfrentar isso, consagra um robusto sistema de fiscalização judicial da respetiva constitucionalidade.

Melhor parece ser a opção de atender a fatores *materiais* (como o princípio democrático) ou, mais vincadamente, *institucionais*.

A valoração de fatores institucionais leva a que se assuma que o legislador disfruta das melhores condições para realizar as apreciações de facto pertinentes, sendo-lhe concedido o *benefício da dúvida* ou um *crédito de confiança* ²⁷³⁵ em situações de incerteza epistémica empírica do tribunal, particularmente as situações de incerteza epistémica empírica *total*. Vigora, pois, a matriz negativa²⁷³⁶

Este entendimento supõe, porém, que o próprio legislador não esteja afetado por uma situação de incerteza epistémica empírica total, detetada no primeiro nível de apreciação.

Uma das consequências da vigência da matriz negativa é a ausência de competência do órgão de controlo para mostrar outra preferência, retificar, substituir a decisão do legislador ou indicar o teor de uma (ou da) norma que satisfaz os requisitos da adequação e/ou da necessidade²⁷³⁷. Por exemplo, tratando-se de uma questão de desnecessidade, o Tribunal deve limitar-se a apontar e demonstrar que há outra norma igualmente satisfatória e menos interferente, mas não pode forçar o

²⁷³⁵ **Miranda, Manual ...**, IV, 5.^a ed., p. 308; **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 514.

²⁷³⁶ Porém, por vezes sucede que o juiz constitucional não apenas conclui pela não inadequação ou desnecessidade, mas pronuncia-se, positivamente, pela adequação e/ou necessidade da norma: caso típico, acórdão n.º 187/01, do Tribunal Constitucional, n.º 20.

²⁷³⁷ Confluyente, embora numa aproximação diversa ao tema, **Barak, Proportionality...**, p. 328.

legislador a adotá-la em alternativa, ou até reconstruir a norma no sentido de passar a materializar essa opção.

4.3.1.2.2. Fatores estruturais

O objeto dos poderes instrutórios do juiz constitucional é moldado, antes de tudo, pela estrutura da proibição do excesso como norma de controlo, isto é, pelos seus segmentos.

Porém, antes de focarmos os segmentos da proibição do excesso, impõe-se uma ligeira inconsistência sistemática. Como se viu, ao invés do que um setor da doutrina advoga²⁷³⁸, a legitimidade do fim da norma legislativa não é um segmento da proibição do excesso, mas é o mais importante pressuposto de aplicabilidade da proibição do excesso. Podendo a apreciação da legitimidade do fim de acordo com critérios de determinabilidade, consistência e validade, implicar também a produção de prova e o exercício de poderes instrutórios pelo juiz constitucional, dedicar-lhe-emos o próximo número, antes de estudarmos o objeto da prova respeitante ao exame dos segmentos da proibição do excesso que incorporam apreciações empíricas e na medida em que as incorporam.

4.3.1.2.2.1. Fim legítimo

O controlo da constitucionalidade de normas que interferem em bens, interesses ou valores – designadamente os decorrentes das vertentes negativas dos direitos liberdade e dos direitos sociais, como sucede predominantemente nas colisões normativas em que se aplica a proibição do excesso – inicia-se pela verificação da *existência de uma interferência e respetiva intensidade*²⁷³⁹. Coloca-se então a questão de saber se essa interferência incide sobre uma posição jurídica absolutamente garantida ou se se traduz na afetação do conteúdo essencial do

²⁷³⁸ *Supra*, capítulo 8.

²⁷³⁹ No contexto canadiano, estruturado por *R. v. Oakes* (1986), fala-se de um controlo a dois tempos (*two step analyses*): cfr. **Pannacio**, «In Defense of Two-Step...», *cit.*

preceito constitucional. Se assim for, há uma restrição inválida e, consequentemente, inconstitucional. A interferência restritiva é qualificada como uma violação *definitiva* (não apenas *prima facie*) do direito. Para isto, o juiz não executa mais do que uma operação lógico-dedutiva: interpreta as normas constitucionais aplicáveis, subsume-lhes a interferência e deduz uma conclusão.

Diversamente, se a interferência não atingir um direito absoluto ou o conteúdo essencial do preceito constitucional, o juiz constitucional tem de verificar se é constitucionalmente permitida, não bastando uma operação lógico-dedutiva. Do ponto de vista metódico-analítico, é neste ponto que se coloca a questão da descoberta e juízo sobre a legitimidade do fim prosseguido pela norma legislativa. A legitimidade do fim é, em si, *uma questão de direito*. Para se saber se o fim da norma é legítimo face à constituição é, antes do mais, necessário interpretar a lei e interpretar a constituição. Determinado o fim, o respetivo controlo pelo juiz constitucional incide sobre os aspetos que caem fora da margem de livre conformação do legislador, já estudados²⁷⁴⁰. Entre outros aspetos, o juiz constitucional: (i) verifica a observância dos limites externos referentes à determinabilidade e consistência do fim; (ii) aprecia a validade do fim, verificando designadamente se sobre ele pende uma proibição absoluta²⁷⁴¹; (iii) determina a importância abstrata dos bens, interesses ou valores que o legislador pretende promover. Em contrapartida, ao juiz constitucional não compete apreciar a importância atribuída à satisfação do fim, nem a intensidade de satisfação pretendida, uma vez que isso cabe na liberdade de conformação do legislador. Esta indicação pode sofrer uma ligeira inflexão apenas quando o fim mais próximo for manifestamente um meio para atingir fins mais distantes, mas suficientemente próximos para servirem de referência.

Todas essas operações implicam a *prévia* identificação do fim prosseguido pelo legislador. É indiscutível que pelo menos os atos legislativos têm *sempre* de visar uma qualquer finalidade inteligível, pelo que esta tem de ser desvendada. Isso faz-

²⁷⁴⁰ *Supra*, capítulo 8.

²⁷⁴¹ Como nota **Kumm**, «Democracy...», pp. 23-24, a atribuição aos tribunais do poder de averiguarem a legitimidade do fim à luz de padrões *materiais* e não meramente formais é um dos fatores que contribui para o *valor acrescentado* que a *judicial review* constitui em relação ao patamar político-representativo democrático.

se, antes do mais, através da interpretação. Se a aplicação dos comuns cânones interpretativos revelar os fins da norma a questão fica resolvida.

Todavia, os fins da norma podem não resultar em toda a plenitude, ou de todo, da interpretação ou esta pode não dissipar dúvidas sobre a respetiva hierarquia. Não bastando a interpretação, a segunda instância de determinação dos fins e da sua hierarquia (se forem vários e hierarquizados) são as alegações feitas pelo próprio legislador. Ao legislador interessa, em princípio, alegar e demonstrar o fim ou fins prosseguidos, bem como a sua hierarquização, ainda que num contexto processual tendencialmente objetivista não haja um ónus de alegação ou de prova (subjetivo ou objetivo) sobre ele pendente. Um conceito amplo de alegações do legislador pode eventualmente abranger, no limite, as indicações que resultam de preâmbulos e exposições de motivos. Não podemos discutir aqui se a consideração desses dados empíricos (e, em geral, da realidade de facto que dá sentido à norma) ainda integra tecnicamente a tarefa de interpretação da norma ou já é uma coisa diferente. O que importa reter é que quando algum fim o legislador alegue expressamente, deve ser esse o fim que o tribunal toma como real.

Não sendo decisiva a estrita interpretação e não apresentando o legislador a sua posição (como a Assembleia da República faz habitualmente em sede de fiscalização abstrata), abre-se espaço adicional para a realização de prova, seja por carreamento de elementos por quem se opõe à validade do fim e da norma, seja pelo labor oficioso do próprio juiz²⁷⁴².

A necessidade - contingente, mas não implausível - de uma atividade probatória sobre o fim realmente prosseguido só se coloca, portanto, se a interpretação não bastar. E, em princípio, a atividade probatória só tem de ir além das alegações do próprio legislador (considerando-se abrangidas por um conceito alargado de alegações o que resultar de preâmbulos, exposições de motivos e outros elementos

²⁷⁴² A questão do interesse realmente prosseguido é uma questão de facto: v. **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 188. A necessidade de recorrer a toda a prova circunstancial e direta que esteja disponível para discernir o (real) fim da norma é particularmente aguda no caso em que o legislador seja um órgão colegial composto por um número significativo de membros, como sucede com os parlamentos. Nessas circunstâncias importa ter em conta o impacto das medidas, o contexto histórico, a sequência de eventos que antecederam a decisão legislativa, as declarações dos participantes nos debates, as pronúncias dos agentes políticos da maioria e da oposição, os relatórios, as atas das sessões: v. **Barak**, *Proportionality...*, p. 302; **Ekins**, «What is legislative intent?...», *cit.*

auxiliares) quando o legislador não exercer eficazmente as suas prerrogativas processuais.

Sem embargo, podem configurar-se situações anómalas ou invulgares, designadamente (i) quando o fim que o juiz extrai da interpretação não coincide com o fim que o legislador expressamente invoca, ou (ii) quando, mesmo na ausência de uma interpretação inequívoca, é possível detetar uma discrepância entre o fim alegado pelo legislador e o fim que resulta de prova produzida no processo (por iniciativa do juiz ou de outro sujeito processual).

A primeira situação pode ocorrer quando a norma é antiga. Alguns cânones de interpretação, como a interpretação histórica, subjetiva ou objetiva, podem apontar para um fim que difere daquele que justifica a sua manutenção em vigor pelo legislador atual (pressupondo-se, naturalmente, que sempre a poderia modificar ou revogar). Por exemplo, admita-se que o legislador "histórico" produziu em certa época normas que vedam o trabalho ao domingo, com vista a proteger uma certa confissão religiosa, tendo essas normas perdurado, mas o "atual" vem alegar que o fim dessas normas é antes a proteção de um modo de organização social considerado virtuoso²⁷⁴³. Qual o fim que vale? O do legislador "histórico" (hoje eventualmente inconstitucional) ou o do "atual"?

A segunda situação pode resultar de os fins reais não serem expressa e claramente assumidos pelo legislador – por motivos atendíveis ou não. Por exemplo, o legislador decide obrigar os professores a realizar exames invocando o fim da melhoria do ensino, mas há indicações precisas de que o fim real é o fim ideológico da dificultação da permanência no sistema de ensino de professores sindicalizados que, por orientação dos sindicatos, se recusam a efetuar aqueles exames.

Quid juris? Mantém-se a orientação de que o fim a considerar é o que resulta da interpretação realizada pelo tribunal e, em segunda linha, o fim alegado pelo legislador? A resposta é parcialmente negativa. Se a consideração de um fim diferente do que resulta da interpretação estrita, seja ele alegado pelo legislador ou não, contribuir para “salvar” a norma legislativa, designadamente à luz de um ou de vários segmentos da proporcionalidade (*maxime*, adequação e necessidade), pode

²⁷⁴³ V., este exemplo, em Barak, *Proportionality...*, p. 287. Rivers, «Proportionality and the Variable...», p. 196, apresenta o exemplo da restrição do direito de voto dos reclusos.

ser este o usado como referência. Por outro lado, quando o juiz detetar uma situação de *evidente* desvio de fim legislativo, apurando que a alegação de um fim serve apenas para camuflar a prossecução de outro ilegítimo, a referência deve ser o fim *evidentemente* seguido. Esta segunda situação recorda aquelas em que, nos EUA, o *strict scrutiny* é utilizado para despistar fins ilícitos das medidas legislativas. Todavia, o desvio de fim legislativo, por si, não é constitucionalmente censurável, ao invés do que sucede com o desvio de poder do direito administrativo. O que sucede é que se o fim efetivamente visado for ilegítimo, a norma será inconstitucional.

Pode haver, por conseguinte, espaço para produção de prova sobre o fim real, com papel ativo do juiz constitucional. Neste contexto, podem ser relevantes várias circunstâncias: embora não tenha sido produzida pelo “atual” legislador, a norma é recente ou perdurou por um período longo, que pode, inclusive, ter feito evoluir o seu significado e finalidade? O legislador estava democraticamente legitimado? O autor das normas foi um legislador estruturado em uma ou duas câmaras parlamentares ou outro tipo de órgão colegial sem caráter parlamentar? A produção da norma obedeceu a um procedimento transparente, sujeito ao contraditório e documentado, ou o juiz constitucional enfrenta a impossibilidade de averiguar as posições que cruzaram aquele procedimento?

A identificação do fim pelo juiz constitucional esbarra ainda com uma dificuldade de ordem geral, já assinalada e tratada anteriormente: a dificuldade epistémica de, em alguns casos, distinguir fins e meios. Esta dificuldade epistémica é acentuada pela eventualidade da *intercomunicabilidade entre meios e fins*²⁷⁴⁴, isto é, a possibilidade de o fim mais próximo ser apenas o meio para atingir fins mais remotos ou mais gerais, mas, ainda assim, suficientemente determináveis e isoláveis. A circunstância de o “fim que conta” para a metódica da proibição do excesso ser o fim mais próximo da norma legislativa não obsta a que, se for possível determinar com nitidez que a prossecução desse fim é *simultaneamente* um meio para aproximar objetivos mais remotos, se admita que o juiz constitucional tem a possibilidade de fiscalizar esse fim-meio à luz de algumas das exigências da proibição do excesso, *nomeadamente a da adequação e a da necessidade*. Se a proteção, satisfação ou concretização de bens, interesses ou valores são um fim

²⁷⁴⁴ V. capítulo 8.

próximo que, por seu turno, é um meio orientado a um fim mais remoto (embora não tão abstrato como o fim “Justiça”, “bem comum”, ou outro igualmente abrangente), não se afasta liminarmente a possibilidade de a relação de adequação e necessidade entre aquele fim-meio imediato e o fim mais distante ser objeto de um controlo, *ainda que mínimo*. Aqui, como em outros pontos, requer-se flexibilidade, devendo afastar-se fórmulas do género “*o juiz constitucional apenas aprecia a proporcionalidade dos meios e nunca a dos fins*”. A verdade é que o juiz constitucional, em certo contexto, também deve apreciar a proporcionalidade de certos fins, quando eles estejam inseridos numa estratégia de perseguição de fins mais abrangentes ou vastos ainda razoavelmente concretos.

4.3.1.2.2. Adequação

Embora não estejam ausentes as componentes de interpretação e qualificação (designadamente dos efeitos jurídicos da norma), inerentes a toda a atividade jurídica, a metódica da adequação envolve essencialmente avaliações e apreciações da realidade de facto e de juízos de prognose, isto é, juízos sobre questões empíricas. As valorações ou ponderações de bens, interesses ou valores são estranhos ao segmento da adequação.

Como se mostrou no local próprio²⁷⁴⁵, o segmento da adequação requer do legislador um juízo - meramente *qualitativo* - sobre a aptidão intrínseca dos efeitos jurídicos de uma norma para causarem os efeitos materiais que correspondam ao respetivo fim. Ao legislador não é exigida a adoção de normas com eficiência alta ou plena, circunstância que exigiria um juízo *quantitativo* ou *gradativo* sobre as intensidades de satisfação e de interferência; mas é-lhe exigido que adote normas sobre as quais realize um juízo positivo de adequação.

Em contrapartida, em consonância com o que assumimos sobre o objeto da apreciação do juiz constitucional, este apenas examina se a norma é *inadequada*, não se é *adequada*. Para isso, averigua (e julga) das qualificações e dos juízos empíricos de diagnóstico e prognose realizados pelo legislador (recorrendo,

²⁷⁴⁵ Capítulo 15.

basicamente ao mesmo tipo de indicadores que ele²⁷⁴⁶), de modo a verificar se, ao invés do que aquele entendeu, a norma se mostra intrinsecamente inábil para atingir o respetivo fim²⁷⁴⁷.

Isso não prejudica que possa tomar a devida nota de um eventual grau reduzido de eficiência, eventualmente relevante para outros segmentos da proibição do excesso.

4.3.1.2.2.3. Necessidade

Já o cumprimento e o controlo da necessidade implicam juízos interpretativos e qualificações e primordialmente apreciações de facto, tal como a adequação. Mas, de acordo com o modo como vemos este segmento, implica também circunstancialmente juízos sobre valorações.

4.3.1.2.2.3.1. Relevância da distinção entre modalidades lata e estrita

Vimos que, na condição de norma de ação, o segmento da necessidade tem uma modalidade lata e uma modalidade estrita. Em consonância, o segmento da necessidade como *parâmetro de controlo* tem também uma modalidade lata e uma estrita.

Todavia, a conclusão pela aplicação de uma ou outra das modalidades não tem nenhuma repercussão sobre o alcance dos poderes instrutórios do juiz ou sobre o grau de prova e de convicção exigíveis. A modalidade estrita envolve uma diminuição da margem de conformação do legislador porque este vê a gama de alternativas elegíveis diminuída e não porque se veja constrangido por maior poder instrutório do juiz constitucional.

²⁷⁴⁶ *Idem.*

²⁷⁴⁷ Se a norma for *parcialmente* inábil para promover o fim (por exemplo, nas situações que nos EUA se designam de *overinclusiveness*, v. *supra*, capítulo 3), sendo destacável a parte em que se verifica essa inabilidade, pode haver uma declaração de inadequação parcial.

4.3.1.2.2.3.2. Medidas alternativas a considerar pelo juiz

A amplitude dos poderes do juiz constitucional é influenciada pela resposta a outra questão: a de saber se no controlo da necessidade o juiz constitucional aprecia apenas as medidas alternativas consideradas pelo legislador ou pode ou deve ir mais longe. Como vimos, o segmento da necessidade assenta numa metódica comparativa: comparam-se as intensidades dos efeitos de interferência e dos efeitos de satisfação de soluções alternativas. Quando o juiz efetua o controlo da necessidade - isto é, compara alternativas - quais as alternativas que constituem objeto da operação de comparação? O seu poder de exame está circunscrito às alternativas que foram *efetivamente* consideradas pelo legislador?

A questão deriva da possibilidade de o legislador não ter considerado alternativas que o poderiam ter sido. Isso pode derivar de pelo menos duas circunstâncias: (i) desconhecimento, por negligência ou qualquer impedimento objetivo; (ii) não consideração deliberada. No primeiro caso, o legislador não teve em conta potenciais meios alternativos menos interferentes, por negligência na determinação das alternativas ou por desconhecimento involuntário ou qualquer tipo de impedimento motivado por razões objetivas²⁷⁴⁸. No segundo caso, ignorou, ou não considerou, deliberadamente, de modo injustificado, meios alternativos que poderia e deveria ter considerado.

A orientação mais consistente com um equilíbrio entre margem de manobra do legislador democrático e controlo judicial é a que aponta para a mobilização só daquelas alternativas, não consideradas por impedimento ou constrangimento, que, de acordo com um padrão médio de diligência, *deveriam ser conhecidas* pelo legislador. Diversamente, já se justifica que os poderes instrutórios se intensifiquem em situações de desconsideração deliberada de alternativas. Nestas últimas circunstâncias, o juiz constitucional deve convocar todas as alternativas que poderiam e deveriam ter sido apreciadas, sem exceção. Por outras palavras: em

²⁷⁴⁸ Como nota Clérico, *El examen...*, p. 104, citando jurisprudência alemã, a capacidade de considerar todos os meios teoricamente alternativos é limitada por considerações de ordem prática – oportunidade e tempo do ato, recursos disponíveis, informação – e o legislador pode ter *boas razões* para não considerar alguns.

regra, o juiz deve dirigir o seu poder instrutório para a identificação das alternativas que o legislador considerou ou devia razoavelmente ter considerado e não para toda e qualquer alternativa que existisse no momento da decisão, tal como no momento do controlo é possível determinar. Diferente dessa é a eventualidade de *supervenientemente*, isto é, depois da produção da norma, terem surgido *novas* alternativas que o legislador não poderia em nenhum caso ter antecipado. Essa hipótese, tal como a da superveniência de dados empíricos depois da decisão legislativa, deve ser resolvida nos termos que sugeriremos quando estudarmos, num dos próximos números, os limites temporais à delimitação das apreciações empíricas relevantes.

4.3.1.2.2.3.3. Juízo instrumental de adequação

Cumprida a delimitação preliminar do universo das alternativas a considerar em sede de controlo da necessidade da medida legislativa, o juiz tem de fazer uma nova triagem, desta vez verificando a adequação de todas as alternativas. Também aí estão em jogo juízos essencialmente empíricos - embora não estejam ausentes, insiste-se, juízos de interpretação e qualificação.

O processo de controlo das normas é um processo que se traduz numa sequência ritualizada de operações intelectuais e materiais. Nesse âmbito, é possível (e recomendável) distinguir entre um juízo *independente* de adequação, incidente sobre a *opção eleita pelo legislador*, que constitui o núcleo do segmento da adequação, e um outro juízo de adequação incidente sobre *todas as alternativas* disponíveis delimitadas de acordo com o critério que flui dos parágrafos anteriores. Este último juízo de adequação, aliás mais complexo do que o primeiro, é *instrumental* em relação à necessidade. É *instrumental* em relação à necessidade porque a sua utilidade se reconduz ao preenchimento de um pressuposto da operação metódica da avaliação da necessidade: a definição de quais os meios hipoteticamente alternativos ao escolhido que são intrinsecamente aptos a atingir o fim a que a norma se propõe, sendo *realmente* alternativos. Por isso, este juízo

suplementar de adequação tem por objeto *todas* as opções além da que foi primariamente preferida pelo legislador²⁷⁴⁹.

Nesse contexto, aliás, fica patente uma diferença importante entre o juízo de adequação *independente* da necessidade e o juízo de adequação *instrumental* à necessidade: o primeiro tanto pode ser meramente hipotético como pode ser já baseado na execução real do meio, enquanto o segundo é sempre essencialmente hipotético, uma vez que incide sobre meios que não mereceram a preferência do legislador²⁷⁵⁰.

4.3.1.2.2.3.4. Comparação das intensidades dos efeitos de satisfação e de interferência

As alternativas delimitadas do modo que antecede e a solução preferida pelo legislador (*M1*) são então comparadas sob dois ângulos: (i) o dos efeitos jurídicos e materiais de satisfação dos bens, interesses ou valores prosseguidos e (ii) o dos efeitos jurídicos e materiais de interferência nos bens, interesses ou valores colidentes.

O objeto da atividade instrutória do juiz, como vimos, é apurar se a norma adotada pelo legislador é *desnecessária*. Para isso tem de verificar se alguma das alternativas disponíveis era consideravelmente menos interferente e pelo menos aproximadamente tão satisfatória quanto a preferida. Recorrendo ao quadro expositivo que perfilhámos em relação à modalidade lata, o juiz deve verificar se a norma adotada (*M1*) cai no *domínio de imposição negativa*²⁷⁵¹, isto é, no domínio

²⁷⁴⁹ Como assinalámos, poderia pensar-se que a máxima autónoma da adequação perderia razão de existência, uma vez que a apreciação da necessidade implicaria sempre a avaliação da adequação de todas as alternativas possíveis: cfr. **Hirschberg, *Der Grundsatz...***, p. 59. Vimos, também, que há razões teórico-jurídicas e práticas que justificam a manutenção dessa máxima autónoma, incidente só sobre a medida escolhida.

²⁷⁵⁰ Assinalando este aspeto, **Pulido, *El principio de proporcionalidad...***, p. 744. O autor aponta ainda como fator distintivo a circunstância de aqui ser relevante o grau de eficiência (que designa por grau de idoneidade), ao invés do que sucede no juízo sobre a adequação. Nesse aspeto não o acompanhamos, uma vez que em sede de adequação se deve ter uma perspetiva, ou garantir, pelo menos, uma eficiência mínima.

²⁷⁵¹ Sobre o conceito de domínio de imposição negativa, v. *supra*, capítulo 16.

em que *M1* deveria ter sido excluída pelo legislador por haver *pelo menos uma* alternativa disponível consideravelmente menos interferente e pelo menos aproximadamente tão satisfatória. Ao juiz não cabe decidir *qual* a medida que deveria ter sido adotada; apenas lhe cabe ajuizar se aquela que foi tomada é desnecessária.

Para isso, o juiz constitucional reconstrói, na medida em que isso seja pragmaticamente possível, as operações intelectuais realizadas pelo legislador a propósito das alternativas, quer no que toca aos efeitos jurídicos, quer no que toca aos efeitos materiais que cada uma hipoteticamente desencadearia. No que toca aos efeitos jurídicos, operações técnico-jurídicas de interpretação e qualificação. No que toca aos efeitos materiais: (i) operações técnico-jurídicas de interpretação e qualificação; (ii) prognóstico dos efeitos materiais futuros decorrentes do cumprimento da norma, partindo dos dados empíricos do passado e do presente; (iii) eventualmente, valorações²⁷⁵². Sobre a *correção* das operações técnico-jurídicas, isto é, não empíricas, o juiz tem um poder jurisdicional pleno; sobre a *verdade* ou *verosimilhança* das apreciações empíricas, a sua margem de apreciação e decisão é mais limitada, como veremos abaixo; sobre as valorações, a margem ainda é mais limitada (colocando-se, além do mais, o problema prático da destrição entre apreciações empíricas e valorações no contexto da metódica da necessidade).

4.3.1.2.2.4. Proporcionalidade e.s.e.

A aplicação da proporcionalidade e.s.e. envolve a ponderação ou contrapeso da importância dos efeitos positivos referentes à satisfação de bens, interesses ou valores e dos efeitos negativos de interferência em bens, interesses ou valores com aqueles colidentes²⁷⁵³. Quando se fala de efeitos positivos e de efeitos negativos, abrange-se quer os efeitos jurídicos, quer os efeitos, consequências ou resultados materiais desencadeados ou causados pelo cumprimento da norma.

²⁷⁵² Sobre as operações intelectuais realizadas pelo legislador, que o juiz deve reconstruir e, com mais ou menos limites, julgar, v. desenvolvidamente o capítulo 16, 8.1.2.2.

²⁷⁵³ V. capítulo 18, 2.8.

A distinção entre *intensidade* dos efeitos de satisfação e de interferência e *importância* dos efeitos de satisfação e de interferência foi oportunamente explicada. Ficou então evidenciado que, sendo dois conceitos distintos, têm uma ligação e até zonas de sobreposição (as valorações eventualmente efetuadas para a determinação do primeiro e predominantemente efetuadas para determinação do segundo). Sem o prévio apuramento da intensidade de satisfação e de interferência não é possível ponderar a importância dos efeitos de satisfação e de interferência. Assentando o conceito de intensidade de satisfação e de interferência em juízos de interpretação e de qualificação e em apreciações empíricas, pode dizer-se que a ponderação pressupõe a prévia realização dessas operações (podendo, por isso, afirmar-se que os segmentos da adequação e da necessidade desempenham uma função pré-estruturante da proporcionalidade e.s.e.), mas não as incorpora²⁷⁵⁴. São-lhe, portanto, metodicamente estranhas. Sem embargo, a estreita inter-relação entre momentos de apreciação e avaliação e momentos de valoração ou ponderação pode diluir as fronteiras entre essas duas operações.

É por isso que na apreciação da proporcionalidade e.s.e. não se colocam questões de prova e, concomitantemente, de delimitação do objeto do poder instrutório probatório do juiz constitucional. Não sendo as apreciações de facto (designadamente as que se reportam ao grau de certeza) e a instrução probatória sobre elas irrelevantes para a aplicação da metódica da proporcionalidade e.s.e., não a integram, uma vez que já terão sido realizadas nos momentos lógicos antecedentes.

4.3.1.2.3. Fatores temporais

O juiz constitucional é chamado a debruçar-se sobre a norma num momento posterior àquele em que o autor a concebeu. Trata-se de uma apreciação *ex post facto*, isto é, depois de a solução preferida pelo legislador ter adquirido estabilidade (mesmo que a norma ainda não tenha sido publicada ou não esteja em vigor). A medida legislativa pode encontrar-se numa de várias situações: (i) ainda não está a

²⁷⁵⁴ A circunstância de isso não resultar claramente da fórmula do peso e da denominada segunda lei da ponderação de Alexy (*A Theory...*, pp. 418 ss.) é um dos motivos de crítica a essas construções; v., também, Barak, *Proportionality...*, p. 358.

produzir efeitos; (ii) já esgotou todos os seus efeitos (por os ter produzido instantaneamente ou por se terem esgotado entretantes); (iii) está a produzir efeitos no momento do exame pelo órgão de fiscalização, mas deixa de os produzir num momento futuro já conhecido; (iv) continuará presumivelmente a produzir efeitos por prazo indeterminado.

A distinção entre estas hipóteses não é relevante quando se trata de delimitar os factos *passados* que constituíram a base para o diagnóstico da situação. Estando ou não a norma a produzir efeitos, os factos de que o legislador partiu podem ser apurados e avaliados pelo juiz, não se colocando a necessidade de delimitação dos seus poderes instrutórios.

Mas a distinção é relevante quando se trata de delimitar o objeto e alcance dos poderes instrutórios do juiz e, concomitantemente, o objeto da sua pronúncia, a propósito dos juízos empíricos não respeitantes a factos anteriores à prática do ato legislativo. Há diferenças, desde logo, entre o caso em que a medida ainda não produziu efeitos (hipótese (i)) e os casos em que a medida já produziu efeitos (hipóteses (ii), (iii) e (iv)). A diferença crucial reside em que no primeiro caso o juiz nunca pode pronunciar-se sobre a real eficiência, grau de sucesso efetivo ou real lesividade da medida legislativa, tendo, por conseguinte, de produzir um juízo de prognóstico que dificilmente poderá ser diferente do efetuado pelo legislador, enquanto nos outros casos os dados de facto sobre a real (in)eficiência ou lesividade da medida podem já ser inteligíveis.

O primeiro caso é plausível em sistemas de fiscalização da constitucionalidade – como o português – onde há fiscalização abstrata da constitucionalidade de normas ainda não perfeitas (fiscalização preventiva) ou já perfeitas, mas não produzindo ainda efeitos (alguns casos de fiscalização sucessiva). Aí, o juízo sobre a conformidade da medida só se pode basear nos factos tal como eram perceptíveis e atendíveis no momento em que o legislador produziu a norma. A instrução probatória restringe-se a esses factos. Objeto da atividade de prova promovida pelo tribunal (ou pelas partes, se o sistema tiver matriz tendencialmente subjetiva), são as considerações empíricas em que o legislador se baseou para concluir que a medida adotada era intrinsecamente apta a causar o objetivo visado com eficiência pelo menos mínima e era necessária. Na apreciação de um meio, o juiz deve considerar os elementos de facto e os conhecimentos empíricos, técnicos e

científicos disponíveis quando o ato foi praticado. Por outro lado, os juízos de prognose a sujeitar ao crivo da prova são os que o legislador fez ou deveria ter feito *naquele momento* e não outros subsequentemente realizáveis. Podemos falar aqui de uma perspetiva *ex ante* (ou *ex tunc*).

É nessa base que o exame da proibição do excesso se realiza quando o ato não tenha ainda produzido efeitos jurídicos. O juiz constitucional delimita os elementos coligidos e considerados pelo legislador e ajuíza se este deveria ter concluído pela não conformidade com a adequação ou a necessidade. Nesta perspetiva, um juízo de ilicitude da medida legislativa pode fundar-se *grosso modo* em: (i) prova de que o legislador agiu numa situação de incerteza epistémica empírica total ou radical ou de incerteza epistémica empírica parcial negativa²⁷⁵⁵; (ii) prova de que a situação de facto passada em que alicerçou a medida legislativa foi deficientemente interpretada; (iii) prova de que o legislador não teve em conta dados – já disponíveis no momento da prática do ato – que deveria ter considerado; (iv) prova de que o juízo de prognose formulado pelo legislador, tendo em conta tudo o que ele considerou, é infundado à luz de um padrão médio de diligência e de racionalidade ou de regras científicas e técnicas por ele próprio conhecidas e aceites.

Em termos menos sistematizados, esta orientação tem sido *mutatis mutandis* sufragada pelo Tribunal Constitucional alemão e pela maior parte da doutrina, na medida em que entendem que os diagnósticos e prognósticos que contam são os realizados ou os que poderiam e deveriam ter sido realizados contemporaneamente à prática do ato²⁷⁵⁶. Ela cumpre o objetivo de contenção dos poderes do juiz, preservando razoavelmente a margem de livre conformação do legislador²⁷⁵⁷.

Quando a medida legislativa já produziu todos os seus efeitos ou ainda os está a produzir, a perspetiva *ex ante* não é a única possível. Nessa situação existe também a possibilidade pragmática de uma perspetiva *ex post* (ou *ex nunc*). O órgão de

²⁷⁵⁵ V. estes conceitos *supra*, capítulo 15.

²⁷⁵⁶ Neste círculo restrito de situações não nos afastamos do que pode ser considerada orientação maioritária da doutrina: v. **Grabitz**, «Der Grundsatz...», p. 572; **Clérico**, «Sobre la prohibición por acción...», *cit.*, p. 181 (sublinhando, porém, que em casos de intervenção muito intensiva no direito fundamental se justifica uma avaliação *ex post*); **Van Drooghenbroeck**, *La Proportionnalité...*, p. 186; **Muzny**, *La Technique de Proportionnalité...*, pp. 576 ss. (os dois últimos, no contexto da CEDH); **Ávila**, *Teoria...*, 7ª ed., p. 168; **Zoonil Yi**, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit...*, p. 113; **Lopera Mesa**, p. 44; **Pulido**, *El principio de proporcionalidad...*, p. 735.

²⁷⁵⁷ Neste sentido, entre nós, **Novais**, *As restrições...*, p. 739.

controlo, além de poder dirigir o seu labor instrutório para conhecer os elementos em que o legislador assentou ou deveria ter assentado o juízo de conformidade com a proibição do excesso, pode também promover prova sobre dados supervenientes, que o legislador não poderia conhecer no momento da prática do ato: novos factos, nomeadamente factos que lhe permitem eventualmente aferir da eficiência e lesividade real da medida, ou calcular mais aperfeiçoadamente a eficiência e lesividade previsível. Em função disso, é possível conceber-se a realização de novas prognoses, que poderão divergir das realizadas anteriormente pelo legislador. A questão que se coloca é se mesmo nessa situação o juízo sobre a medida deve ser alicerçado numa perspetiva *ex ante*. A alternativa é deslocar o centro da atividade instrutória para uma avaliação *ex post* dos dados conhecidos no momento do controlo²⁷⁵⁸. Isso pode fazer-se conjeturando a leitura que o legislador faria *agora* desses dados e da sua repercussão na avaliação da medida face aos segmentos da proibição do excesso ou pelo prisma da leitura feita pelo próprio juiz constitucional²⁷⁵⁹. Ora, a propriedade desta opção *atualista* acentua-se à medida que a prova sobre a intensidade de interferência e de satisfação da medida se acumula e à medida que o tempo vai criando a oportunidade de a norma produzir ou desencadear os resultados projetados, ou não²⁷⁶⁰. Portanto, a instantaneidade ou a continuidade da produção de efeitos, bem como a duração da vigência e a regularidade da aplicação da medida contida na norma legal contam: quanto mais se prolongar a vigência – e a produção de efeitos da norma – e mais regular e

²⁷⁵⁸ Apesar de referirmos a apreciação *ex post* ao momento do controlo (v., no mesmo sentido, **Barak**, *Proportionality...*, p. 312), não é impossível que esse exame se reporte a um momento posterior ao da produção da norma, mas anterior ao do controlo, isto é, a um qualquer momento algures entre os dois.

²⁷⁵⁹ A deteção das chamadas inconstitucionalidades deslizantes só é possível com esta deslocação do centro de gravidade do exame do juiz constitucional. Sobre as inconstitucionalidades deslizantes, v. o clássico trabalho de **Christian Pestalozza**, «Noch "verfassungsmässige" und bloß "verfassungswidrige" Rechtslagen», in Christian Starck, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. 1, 1976, pp. 519 ss.; também o nosso *Introdução...*, 2.ª ed., p. 99, *passim*; **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, pp. 58 ss.

²⁷⁶⁰ Podendo gerar-se, inclusive, o dever de o legislador corrigir a norma legislativa sob pena de inconstitucionalidade: cfr. sobre isso **Peter Badura**, «Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen», in Georg Müller (org.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1982, pp. 484 ss.; **Stettner**; «Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose», p. 1126; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 554; **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 514; **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, pp. 62 ss.; **Sartor**, «A Sufficientist Approach...», p. 25.

amiudadamente ela for aplicada, mais se justifica a substituição da visão histórica do legislador por uma visão atual, seja a do legislador contemporâneo tal como conjecturada pelo juiz constitucional, seja a do próprio juiz constitucional²⁷⁶¹. Essas circunstâncias tornam plausível que ainda que uma norma respeitasse os segmentos da proibição do excesso no momento da sua emissão, isso deixe de suceder supervenientemente. O deslizamento gradual da vinculação a uma perspectiva *ex ante* para a pertinência de uma perspectiva *ex post* pode ser acelerado se puder provar-se que no momento do controlo há meios alternativos disponíveis igualmente eficientes, sendo um deles *consideravelmente* menos interferente do que o adotado (violação da necessidade)²⁷⁶². Sem embargo, mesmo que se justifique a perspectiva *ex post*, a eventual declaração da inconstitucionalidade não pode produzir efeitos *ex tunc*²⁷⁶³.

A distinção entre perspectivas *ex ante* e *ex post* tem relevo sobretudo na medida em que alicerça a invalidação de medidas que eram adequadas ou necessárias segundo a primeira perspectiva, mas deixaram de o ser sob a segunda. Nesta hipótese de substituição de uma perspectiva *ex ante* por uma perspectiva *ex post*, pode ser eventualmente exigível que, como contrapartida da modificação do objeto da atividade instrutória do juiz constitucional, este autolimite os efeitos da sua pronúncia, desprovendo-a de eficácia retroativa ou fixando para a sua eficácia um ponto que, embora anterior ao da decisão judicial, seja posterior ao do início da eficácia do ato²⁷⁶⁴.

Uma questão que se pode suscitar é se essa distinção também pode produzir o efeito reverso. Isto é, na situação - talvez difícil de exemplificar - de uma norma ser inadequada ou desnecessária na perspectiva *ex ante*, mas adequada ou necessária numa perspectiva *ex post*, pode ou deve o juiz atender à situação atual, de não invalidade, ou à situação original, de invalidade? Não repugna que também aqui a

²⁷⁶¹ Nesta abertura a uma perspectiva *ex post*, adotada pelo juiz constitucional, já nos afastamos da maioria da doutrina anteriormente citada. Cfr., designadamente, **Pulido, *El principio de proporcionalidad...***, p. 735, que não distingue os vários momentos aqui diferenciados. Defendendo a aplicação de uma perspectiva *ex post* - mas sem a gradação defendida no texto -, por exemplo, **Paulo Branco, *Juízo de ponderação...***, p. 173.

²⁷⁶² Cfr. **Clérico, *El examen...***, p. 148.

²⁷⁶³ Cfr., porém, **Nogueira, *Direito Fiscal...***, p. 92, defendendo a eficácia *ex tunc*.

²⁷⁶⁴ No mesmo sentido, **Van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité...***, p. 187. Sobre a fixação dos efeitos, v. o nosso «**Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional...**»

avaliação *ex post* tenha consequências - desta vez de preservação da medida legislativa -, embora isso possa depender de uma operação de *ponderação* entre os efeitos positivos e os efeitos negativos de deixar a norma seguir o seu curso de vigência. Se os efeitos positivos suplantarem os negativos, a norma não deve ser invalidada. Eventualmente, também aqui se justificará a produção de decisões atípicas de provimento, ou de não provimento, desta vez atuando sobre efeitos já produzidos pela norma e não sobre efeitos futuros²⁷⁶⁵.

Estas diretrizes proporcionam maleabilidade suficiente para adotar atitudes diferenciadas de acordo com o tipo de situações, designadamente qual dos casos, (ii), (iii) ou (iv), está em discussão. Assim, se o ato esgotou instantaneamente todos, ou quase, os seus efeitos no momento da entrada em vigor, os parâmetros instrutórios a que o juiz constitucional está sujeito não diferem muito dos que foram enunciados para o caso (i). Mas se a produção de efeitos se prolongou por algum tempo ou ainda perdura, a extensão objetiva dos poderes instrutórios probatórios do juiz constitucional pode sofrer acertos. Os exemplos seguintes ilustram isso.

Primeiro exemplo: em Novembro de 2008²⁷⁶⁶ o Estado nacionalizou o Banco Português de Negócios (BPN). O efeito da lei – a passagem da propriedade das ações dos acionistas anteriores para o Estado – consumou-se instantaneamente. Se o juiz constitucional tivesse sido chamado a apreciar a proporcionalidade da medida, mesmo em ocasião posterior à data da sua produção – eventualmente quando já fosse possível verificar que alguns objetivos da nacionalização do BPN não se tinham cumprido -, o exame efetuado teria de se subordinar essencialmente à perspetiva histórica, baseada nas apreciações de facto e nas prognoses realizadas pelo legislador da época.

Segundo exemplo: o legislador inseriu no Orçamento de Estado de 2012 normas que implicaram a suspensão dos subsídios de férias e de Natal de um universo significativo de trabalhadores do setor público. Se sujeitas a fiscalização preventiva, o juiz constitucional não poderia deixar de se basear nas prognoses realizadas pelo legislador, designadamente a expectativa de que teriam um efeito de redução da

²⁷⁶⁵ Em sentido diverso, **Barak, *Proportionality...***, pp. 300, 312, 331, na medida em que entende que uma medida deve superar o teste da proibição do excesso sob todas as perspetivas e ao longo de toda a sua vida: o fim deve ser legítimo quer se adote o ângulo de apreciação subjetivo ou objetivo; o meio deve ser adequado e necessário quer numa perspetiva *ex ante* quer numa perspetiva *ex post*.

²⁷⁶⁶ Lei n.º 62-A/2008, de 11 de Novembro.

despesa. Ao longo de 2012 foi-se verificando que essas medidas não eram eficientes na realização do objetivo de consolidação das contas públicas, uma vez que, de acordo com a evidência produzida pela ciência económica e com os dados da execução orçamental do lado da receita, se concluiu que deprimiam mais a economia e geravam a necessidade de cortes adicionais no orçamento de 2013, atingindo um universo mais alargado de trabalhadores. Se o exame do juiz constitucional fosse realizado num momento em que esses dados se tornavam comprovados, não poderiam deixar de ser considerados.

5. Em especial: os poderes do juiz constitucional de controlo de valorações

5.1. Os paradigmas teóricos sobre o alcance e extensão dos poderes de apreciação das valorações do legislador

Este é mais um campo de fratura em torno da "velha questão" da repartição de competências entre legislador e jurisdição constitucional. Há dois paradigmas teóricos extremos.

Numa das extremidades, defende-se que a maior margem de decisão (ou de discricionariedade) para a ponderação do fim e do mal infligido ao direito fundamental cabe ao juiz constitucional²⁷⁶⁷.

No outro extremo, rejeita-se categoricamente que a proporcionalidade e.s.e. possa ser sequer um parâmetro de controlo judicial das normas legislativas. A margem de conformação do legislador para valorações e contrapeso decorre da própria constituição. À legislação cabe a conformação política e, nessa medida, a valoração e contrapeso de deveres e recursos, fins e meios, interesses gerais, necessidades estatais e liberdade individual. O mesmo não acontece em relação ao juiz constitucional: donde é que resultaria, por conseguinte, uma eventual competência deste para controlar as valorações e contrapesos realizados pelo legislador no

²⁷⁶⁷ Barak, *Proportionality...*, p. 459; porventura na mesma linha, Novais, *As restrições...*, pp. 759-765, na medida em que rejeita que o controlo se deva confinar às desproporções mais grosseiras.

âmbito das suas funções constitucionais e para eventualmente as substituir pelas suas, igualmente subjetivas e intuicionistas²⁷⁶⁸?

Num dos próximos capítulos²⁷⁶⁹ recordaremos o alerta de HESSE²⁷⁷⁰ (subordinado ao bom lema "controlo é bom; confiança no processo democrático é melhor"²⁷⁷¹), produzido sob o pano de fundo dos deveres de proteção, mas transponível para o nosso debate: conformação política através do tribunal constitucional e de decisões jurisdicionais sobre questões que não sejam suscetíveis de juízos estritamente jurídicos podem conduzir a reorientações da constituição. Podem influir na liberdade de conformação do legislador e colocar em questão o caráter da constituição como ordem aberta e como quadro. Por isso é forçosa a existência de limites da jurisdição constitucional. Estas considerações podem levar à exclusão total ou parcial do controlo jurisdicional, ou à limitação da sua intensidade²⁷⁷². Designadamente, o tribunal constitucional está impedido de substituir as valorações do legislador pelas suas próprias, uma vez que, tal como nas prognoses, falta um parâmetro normativo material estabelecido pela constituição. Essa substituição não seria conciliável com a única tarefa que lhe cabe, o controlo jurisdicional. A intensidade de controlo não deveria ir além do controlo de defensabilidade ou de evidência (no quadro da jurisprudência constitucional alemã). Nos termos do controlo da defensabilidade fiscalizar-se-ia se o legislador considerou fatores materiais importantes como a espécie e a intensidade das interferências nos direitos de defesa. O controlo de evidência visaria apurar se as

²⁷⁶⁸ V. **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 461. Esta posição do autor deve ser lida à luz da tese de *ceticismo ponderativo* ou *negacionista da ponderação* que defendeu em 1976 no influente *Abwägung im Verfassungsrecht*. Apreciando a jurisprudência do *BVerfG* relativa aos artigos 5.º, 12.º, n.º 2 e 14.º da *GG*, sustentava que o Tribunal avaliava simplesmente se as leis eram adequadas, necessárias e razoáveis. A análise da razoabilidade era uma apreciação *unipolar* (e não bipolar, de contrapeso de um meio com um fim), com vista à garantia de uma posição mínima da parte sacrificada. Era rejeitado o segmento da proporcionalidade e.s.e. como parâmetro do controlo judicial. Deste modo, o Tribunal Constitucional alemão não efetuará nenhuma operação de ponderação (nem, aliás, a deveria efetuar, num estado liberal). As teses de **Schlink** suscitam a adesão total ou parcial de parte da doutrina (v. recentemente **Bernstorff**, «Proportionality without Balancing...», *cit.*; **Šušnjar**, *Proportionality...*, *cit.*), embora não seja maioritária: v. **Dechsling**, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot...*, p. 14, com várias referências.

²⁷⁶⁹ CCapítulo 21.

²⁷⁷⁰ **Hesse**, «Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung...», *cit.*

²⁷⁷¹ "Kontrolle ist gut. Vertrauen auf den demokratischen Prozess ist besser".

²⁷⁷² *Idem*, p. 555.

valorações foram evidentemente erróneas. Um pleno controlo material intensivo das valorações do legislador e das suas consequências é, pelo contrário, excluído. É nestas reflexões que deve assentar uma orientação matizada, que evite os extremos.

Por um lado, não pode rejeitar-se liminarmente que o juiz constitucional reavalie as valorações e contrapesos efetuados pelo legislador. Se este produzir uma norma que permita que o dono da macieira dispare contra a criança que, nela empoleirada, vai retirando, desafiadora e surda às invetivas, as melhores maçãs²⁷⁷³, certamente que não se pode rejeitar que o juiz constitucional erradique tal norma, mesmo que o disparo contra a criança seja a única forma de evitar a continuação do desaforo. Realizando o legislador uma valoração e um contrapeso dos bens, interesses ou valores em colisão totalmente irracional, inaceitável e aviltante, ao juiz constitucional cabe recompor a situação nos devidos termos constitucionais. Se para isso for necessário realizar operações de valoração e contrapeso próprios e substituir os do legislador, não se vê como adotar uma posição de princípio irredutivelmente fechada.

Mas, por outro lado, as valorações do juiz constitucional não podem ultrapassar um limiar que assegure que, em última instância, a interpretação do jogo de valores e a respetiva arbitragem numa sociedade democrática é desempenhada pelo legislador democrático²⁷⁷⁴.

É esse equilíbrio que procuraremos no número seguinte e quando nos pronunciarmos sobre o grau de convicção exigível para a declaração de violação da proibição do excesso por incorreção das valorações do legislador (*infra*).

²⁷⁷³ Recorrendo a um exemplo de **Schlink**, «Proportionality...», p. 293 (em que, em bom rigor, talvez esteja em causa uma questão de violação de um direito absoluto ou de garantia do conteúdo essencial e não de proporcionalidade) .

²⁷⁷⁴ Em que base se pode assentar a convicção de que o juiz constitucional procurará fazer uma operação de *balancing* objetiva? A resposta reside nas próprias condições institucionais em que aquele desempenha a sua função contra-maioritária. Não tendo normalmente o poder de executar as suas próprias decisões, o juiz constitucional depende em boa parte do próprio legislador. Este só executará aquelas decisões se o tribunal disfrutar de uma forte legitimidade na comunidade. E essa legitimidade só é possível se as decisões do juiz constitucional forem vistas como legítimas, isto é, racionais, objetivas, transparentes: v. neste sentido **Petersen**, «Balancing...», p. 7 (a legitimidade é uma fonte central do poder judicial; a legitimidade dos tribunais assenta na perceção de que os tribunais são árbitros neutrais que assentam as suas decisões em considerações jurídicas).

5.2. Fiscalização da proporcionalidade e.s.e. ou da não desproporcionalidade e.s.e.?

O tema é simétrico ao já abordado a propósito da adequação e da necessidade. O juiz averigua se a norma adotada pelo legislador é proporcional (apreciação positiva) ou é desproporcional (apreciação negativa)? A argumentação produzida no processo de fiscalização deve convencer da proporcionalidade da norma ou da não desproporcionalidade? No primeiro caso, se houver dúvida sobre a proporcionalidade, a norma é invalidada. No segundo, se houver dúvida sobre a proporcionalidade e não houver certeza sobre a desproporcionalidade, a norma subsiste.

Quando lançamos a questão no contexto da proporcionalidade e.s.e. como norma de ação, pronunciámo-nos tendencialmente pela conceção da proporcionalidade e.s.e. como norma que impõe ao legislador a emissão de normas não desproporcionais, isto é, de normas cujos efeitos positivos não são inferiores aos negativos. Todavia, deixámos aberta a hipótese de em certos domínios materiais ele estar obrigado à produção de normas (positivamente) proporcionais²⁷⁷⁵. No campo do poder jurisdicional do juiz constitucional, os argumentos já aventados a propósito da adequação e da necessidade são duplamente ponderosos, pois que agora se trata da questão particularmente sensível do julgamento de valorações do legislador: o objetivo de equilíbrio, anunciado no número anterior, passa por o poder jurisdicional do juiz constitucional se restringir à *apreciação da desproporcionalidade e.s.e.* da norma.

5.3. A relevância da divergência entre os efeitos visados e os efeitos efetivamente ocorridos

Do mesmo modo que a propósito da adequação e da necessidade se coloca a questão de saber se a apreciação dos factos e as prognoses do legislador a apreciar e a atender são as contemporâneas à conceção da norma ou podem/devem ser

²⁷⁷⁵ V. capítulo 18, 3.

posteriores, também a propósito do controlo da proporcionalidade e.s.e. se pode debater se os efeitos (positivos e negativos, particularmente materiais) da norma a ponderar pelo juiz são aqueles que o legislador quis atingir e admitiu como desejáveis ou são aqueles que, tendo havido discrepância, efetivamente ocorreram. Esta questão, similarmente ao que se passa com a fiscalização da adequação e da necessidade, coloca-se sobretudo quando esteja em causa norma que já tenha tido algum tempo de vigência, uma vez que quando se trata de norma fiscalizada em momento quase simultâneo à sua produção, o juízo não pode deixar de incidir sobre os efeitos tal como projetados pelo legislador.

Mas, verificando-se o referido tempo de vigência, as linhas orientadoras para enfrentar a questão são as mesmas (talvez com força redobrada) que a propósito das apreciações empíricas: quanto maior for o período de vigência mais se justifica ponderar os efeitos realmente ocorridos e não os projetados (cfr. *supra*). A própria *ratio* subjacente à ideia de proporcionalidade e.s.e. robustece esta resposta. Este segmento é imposto pela necessidade de sujeitar a norma a uma certa pauta valorativa resultante da constituição. Faltar-se-ia à sua “verdade” se se aceitassem deslizes valorativos sub-reptícios do género dos que se materializariam se fossem utilizados como referência paramétrica, bens, interesses ou valores que o ato não foi capaz de proteger ou prosseguir de modo eficiente. A “verdade” da ponderação valorativa reivindica o contrapeso do sacrifício de bens, interesses ou valores provocado pela utilização do meio em causa, com o resultado *efetivamente atingido* (isto é, os efeitos materiais positivos ao nível dos bens, interesses ou valores efetivamente honrados e o grau em que o foram).

5.4. Os limites do poder jurisdicional no que toca à ponderação do fator financeiro realizada pelo legislador

A circunstância de o legislador não poder descartar uma alternativa menos interferente simplesmente por ela não ser financeiramente neutra, sendo antes obrigado, ao abrigo do segmento da necessidade, a ir mais longe na ponderação de

todos os bens, interesses ou valores em presença²⁷⁷⁶, não tem a automática consequência de atribuir ao juiz constitucional o poder de controlar, anular e substituir em qualquer circunstância as valorações do legislador.

A ponderação realizada pelo legislador, abrangendo os fatores financeiros, deve considerar-se especialmente blindada. Por isso, salvo se for manifestamente errónea, infundada ou desrazoável, deve entender-se que ela está fora do poder anulatório do juiz constitucional no contexto da averiguação do respeito da necessidade. Qualquer posição que o juiz constitucional assuma pode ter apenas consequências ao nível da avaliação política a que o legislador democrático está incontornavelmente sujeito.

6. O grau de prova e de convicção exigíveis para a declaração da violação da proibição do excesso

6.1. O grau de prova e de convicção exigíveis para a declaração de violação da proibição do excesso por deficiências das apreciações empíricas do legislador

6.1.1. A referência do processo civil

Em processo civil a prova é suscetível de graduação. O *grau de prova* corresponde à medida da convicção que é necessária para que o tribunal possa julgar provados determinado facto ou afirmação sobre um facto²⁷⁷⁷. Ou, de outro ângulo, o grau de convicção exigido ao tribunal corresponde ao grau de exigência da fundamentação dessa convicção a partir da prova produzida.

A convicção pode fundar-se (i) na prova *stricto sensu*, (ii) na mera justificação ou (iii) no princípio de prova²⁷⁷⁸. Para o processo constitucional interessam particularmente os dois primeiros graus.

²⁷⁷⁶ V. *supra*, capítulo 16.

²⁷⁷⁷ Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto...*, p. 200.

²⁷⁷⁸ *Idem*.

Prova *stricto sensu*, é aquela que se fundamenta na convicção da realidade do facto. A prova *stricto sensu* exige uma medida de convicção que não é compatível com a admissão de que a realidade pode ser distinta daquela que se considera provada. Pode a convicção fundar-se na alta probabilidade da realidade do facto. Mas o que é relevante é que esse grau de convicção permita excluir, segundo o padrão que na vida prática é tomado como certeza, outra configuração da realidade dada como provada²⁷⁷⁹. Esta prova exclui a mera plausibilidade e não se basta com uma probabilidade que é apenas preponderante ou maioritária²⁷⁸⁰.

Transpondo este grau de exigência para os padrões normais do processo constitucional, o que mais se aproxima é o chamado juízo ou convicção de *evidência*, reiteradamente invocado na jurisprudência do Tribunal Constitucional²⁷⁸¹: algo que é *evidente* é algo em relação ao qual há a convicção da realidade ou da verdade. Todavia, a *univocidade* do objeto da prova - dos factos e afirmações a provar - típica das outras ordens processuais (furtou ou não, celebrou o contrato de compra e venda ou não, teve culpa no acidente ou não, cumpriu a prestação a que se obrigou ou não, há um facto extintivo da servidão ou não), mesmo quando se trata de factos complexos, não tem paralelo no objeto da prova em processo constitucional. Aqui os chamados factos legislativos²⁷⁸² (a videovigilância aumenta a segurança, as revistas corporais diminuem a hipótese de atentados, as reduções salariais beneficiam a economia?) assumem uma irreduzível complexidade que tende a acentuar-se em situações de incerteza e de extrema imprevisibilidade da situação futura²⁷⁸³. Por isso a referência a um "padrão que na vida prática é tomado como certeza", que é própria da prova plena, só pode ser transposta para o processo constitucional numa fórmula adaptada.

²⁷⁷⁹ *Idem*, p. 201.

²⁷⁸⁰ *Idem*.

²⁷⁸¹ V. *supra*, capítulo 5.

²⁷⁸² Sobre a noção de factos legislativos aqui pressuposta, **Canas, Os processos de fiscalização...**, pp. 151 ss.

²⁷⁸³ Sobre a questão da radical incerteza da situação de facto, traduzida numa das "patologias" da proporcionalidade, isto é, no dilema da incerteza (por um lado, é uma falácia pensar que só ganhos suscetíveis de prova podem ser legitimamente visados, mas, por outro lado, algumas medidas especulativas para atingir ganhos incertos são um erro) e na impossibilidade de os interessados e as autoridades públicas corresponderem ao ónus de provar os factos que lhes aproveitam, **Endicott**, «Proportionality and Incommensurability», pp. 335 ss.

Enquanto a prova *stricto sensu* exige uma convicção sobre a realidade do facto, a mera justificação requer somente um convencimento baseado num juízo de verosimilhança ou plausibilidade, admitindo uma certa margem de incerteza ou de dúvida. Ao tribunal exige-se não uma plena convicção sobre a realidade de facto, mas sobre a sua probabilidade²⁷⁸⁴. Só é suficiente nas situações contempladas na lei²⁷⁸⁵. Encontra-se frequentemente prevista quando ao tribunal é exigida uma certa prognose sobre um desenvolvimento futuro²⁷⁸⁶.

Esta noção de mera plausibilidade pode inspirar a modelação de um segundo grau de convicção em processo constitucional, menos exigente do que o juízo de evidência e, conseqüentemente, menos propício à capacidade de resistência da norma legislativa.

Como veremos, a adoção deste ponto de partida processual-civil permitirá uma confluência parcial com a opção terminológica que distingue entre decisões *de evidência*, *de mera plausibilidade* e *de defensabilidade*.

6.1.2. Graus de prova em processo constitucional

Já sabemos o que sucede se o tribunal concluir, mediante a prova pertinente, que o legislador agiu em estado de incerteza epistémica empírica parcial negativa ou incerteza epistémica empírica total: a norma legislativa é declarada inválida, sem que se coloque sequer a questão da violação da proibição do excesso.

Também tomámos posição sobre se objetivo do processo de controlo da proibição do excesso é a apreciação positiva da adequação ou da necessidade ou a apreciação negativa da inadequação ou da desnecessidade, concluindo pela segunda opção. Isto permite-nos uma posição sobre como se superam as situações de *non liquet* a que chega o Tribunal quando o legislador tiver agido com certeza absoluta, certeza relativa ou incerteza epistémica empírica parcial positiva sobre a adequação ou a necessidade da norma: a norma subsiste.

²⁷⁸⁴ Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto...*, p. 202.

²⁷⁸⁵ *Idem.*

²⁷⁸⁶ *Idem.*

Cabe agora saber em que condições de prova e convicção o juiz constitucional declara a inadequação ou a desnecessidade da norma. Em linha com opções já assumidas, abriremos duas opções, (i) decisões de evidência e (ii) decisões de mera plausibilidade. Recusaremos uma terceira, (iii) decisões de defensabilidade.

6.1.2.1. Prova *stricto sensu* ou evidência

A norma é declarada *inadequada* quando o juiz forma a convicção, além de qualquer dúvida, de que o meio escolhido pelo legislador não tem a qualidade, a natureza e a intensidade que o tornem intrinsecamente apto a satisfazer o fim com eficiência pelo menos mínima. Por outro lado, a norma é declarada *desnecessária* quando o juiz forma a convicção, além de qualquer dúvida, de que havia pelo menos uma alternativa ao meio escolhido pelo legislador que evidentemente assegurava aproximadamente a mesma intensidade de satisfação mas implicava uma intensidade de interferência consideravelmente menor.

Na terminologia mais vulgarizada fala-se de decisões de evidência. Quando o juiz esteja apenas autorizado a uma decisão baseada em prova *stricto sensu*, ou de evidência, não pode declarar a inadequação ou a desnecessidade se a prova realizada gerar a dúvida sobre se o meio é ou não inadequado ou desnecessário, mesmo que aponte tendencialmente para a plausibilidade ou verosimilhança da sua inadequação ou desnecessidade. Por outras palavras, a exigência de que as decisões de inadequação ou desnecessidade sejam sustentadas em prova *stricto sensu* salva as medidas em relação às quais *há verosimilhança* de inadequação ou desnecessidade, mas *não há evidência* de inadequação ou desnecessidade. Pode, por conseguinte, dizer-se que em todos os casos de incerteza epistémica empírica, seja mais ou menos extrema, o meio subsiste.

Neste quadro, presumindo-se que o legislador deseja que a medida não seja declarada inválida (o que não é inexorável), o esforço argumentativo e probatório que eventualmente desenvolva pode ser simplesmente direcionado para a demonstração de que o meio não é *evidentemente* inadequado ou desnecessário, ou até para a demonstração de que existem dúvidas empíricas sobre se é ou não adequado ou desnecessário. Se, no momento da decisão, reunida toda a prova

carreada pelos sujeitos processuais, incluindo a que resultar das diligências instrutórias oficiosamente realizadas pelo próprio juiz, este não tiver a *certeza* de que é *patentemente inadequado* (mesmo que se incline para que é inadequado, embora com dúvidas), ou *patentemente desnecessário* (mesmo que se incline para que é desnecessário, embora com dúvidas), o meio escolhido pelo legislador subsiste.

Assim, no exemplo clássico da proibição total de publicidade ao tabaco²⁷⁸⁷ pode haver estudos de consumo que coloquem em dúvida a adequação da medida para satisfazer o fim de interesse público da diminuição do consumo, ou até que forneçam dados parciais que sustentam o argumento de que a proibição nada adianta para a promoção desse fim. Mas se o tribunal apenas puder declarar a inadequação caso a medida seja patentemente inadequada, esta sobrevive ao crivo do segmento da adequação tal como aplicável enquanto norma de controlo²⁷⁸⁸.

A simplicidade do juízo da adequação é frequentemente substituída pela complicação quando se chega à avaliação da necessidade, o segmento que envolve juízos mais complexos. Vejamos uma hipótese: *M1* (meio adotado pelo legislador) afeta menos do que *M2* (meio alternativo) os direitos *P1* e *P2*, mas *M1* afeta mais do que *M2* o direito *P3*; por outro lado, *M1* afeta tanto quanto *M3* (outra alternativa) os direitos *P1* e *P2*, mas *M1* afeta mais do que *M3* o direito *P3*; *M3* afeta, além disso, o direito *P4*; finalmente, *M1* afeta menos do que *M4* (terceira alternativa) o direito *P1* e afeta tanto quanto *M4* o direito *P2*; *M4* não afeta o direito *P3*, mas sim o direito *P5*, que não é tocado por *M1*. Pode suceder que a introdução de critérios valorativos induzam um juízo de evidência, mesmo que não em relação a *todas* as interferências. Mas, salvo em situações limite – porventura raras –, casos como os deste exemplo, que poderiam ser multiplicados com complexidade crescente²⁷⁸⁹, não permitirão

²⁷⁸⁷ V., por exemplo, o caso julgado pelo Supremo Tribunal do Canadá *RJR-MacDonald*, S.C.J., n.º 68 (1995), cit. por **Choudhry**, «So What Is the Real Legacy...», p. 527.

²⁷⁸⁸ Sem embargo, essa sobrevivência pode não ser mais do que uma vitória de Pirro. Sendo sempre possível um duplo controlo da proibição do excesso (v. **Xynopoulos**, *Le controle de la proportionnalité...*, pp. 169 ss.), isto é, o controlo abstrato da norma e o controlo da sua execução através de outras normas de valor formal inferior ou de atos individuais e concretos, pode bem suceder que a norma supere o primeiro crivo da proibição do excesso, mas que não o superem os atos de execução, designadamente em situações em que o juiz constitucional, apesar de dúvidas consistentes, não pôde declarar a sua invalidade por esta não ser evidente.

²⁷⁸⁹ Tal complexidade aumenta se introduzirmos a questão de saber se a avaliação da interferência deve ser realizada na perspetiva do destinatário concreto ou de um destinatário médio, sendo certo que no ambiente processual do julgamento de constitucionalidade pode colocar-se com maior

a conclusão de que *M1* é *evidentemente* mais interferente do que as alternativas (*M2*, *M3*, *M4*). Nessas circunstâncias, *M1* subsiste²⁷⁹⁰.

6.1.2.2. Plausibilidade

A mera justificação ou plausibilidade requer um convencimento baseado num juízo de verosimilhança ou plausibilidade, admitindo uma certa margem de incerteza ou de dúvida. Ao tribunal exige-se não uma plena convicção sobre a realidade de facto, mas sobre a sua probabilidade. Nas decisões de plausibilidade basta que se prove que embora o meio escolhido não seja evidentemente inadequado, pode afirmar-se com alguma plausibilidade que é inadequado; ou que embora o meio adotado não seja evidentemente desnecessário, pode entender-se plausivelmente que é desnecessário.

Ao legislador interessa agora argumentar e produzir prova de modo a que, pelo menos, se instale a dúvida no espírito do juiz sobre se o meio é ou não inadequado ou desnecessário, sem nenhuma inclinação para uma ou outra hipótese (situação característica da incerteza epistémica empírica total). Em contrapartida, a quem coloca em causa a validade da medida legislativa interessa argumentar e apresentar prova que sustente um juízo de plausibilidade da inadequação ou da desnecessidade.

Retomando o caso da proibição total de publicidade ao tabaco, se existirem os referidos estudos de consumo que apresentam dados parciais que sustentam com plausibilidade o argumento de que a proibição nada adianta para a promoção desse

acuidade a consideração do ângulo do concreto sujeito processual: v. *supra* e **Clérigo, *El examen...***, p. 159.

²⁷⁹⁰ É a conjugação destas várias incidências, designadamente *juízo de evidência* e lesões cruzadas e diferenciadas de diferentes bens, interesses ou valores por várias alternativas, que leva **Alexy, *A Theory...***, pp. 67-68, a insinuar a impraticabilidade ou mesmo a imprestabilidade do segmento da necessidade. Como nota, porém, **Clérigo, *El examen...***, designadamente pp. 157, 161, mesmo que o segmento da necessidade revele nestas e noutras situações a sua *debilidade* como norma de decisão – não proporcionando um resultado definitivo e deixando em aberto a dúvida sobre a maior ou menor lesividade das alternativas –, remetendo a decisão final para o momento da aplicação do segmento da proporcionalidade e.s.e., ele “pré-estrutura o trabalho de informação acerca da intensidade da restrição ou limitação dos princípios” atingidos, que será aproveitado em sede de apreciação daquele segmento. Na verdade, permite determinar a intensidade da restrição do bem, interesse ou valor sacrificado e definir em que medida essa restrição poderia ter sido evitada ou suavizada se tivesse sido adotado um meio alternativo disponível.

fim, esse grau de prova é suscetível de legitimar uma decisão de plausibilidade da inadequação.

Em suma, o traço distintivo mais saliente das decisões de plausibilidade em relação às decisões de evidência é o da maior margem de decisão do juiz numa situação de incerteza epistémica empírica parcial negativa, uma vez que pode declarar a invalidade quando não tem a certeza da inadequação ou da desnecessidade mas se inclina para isso.

6.1.2.3. Defensabilidade

Teoricamente é concebível uma terceira hipótese que podemos designar de decisões de *defensabilidade*²⁷⁹¹. Nesse contexto, para que não haja declaração de inadequação ou desnecessidade tem de haver prova *positiva* da adequação e da necessidade da medida. A imposição de uma decisão de defensabilidade significa que a medida do legislador só passa o crivo da proibição do excesso se o juiz considerar provado que a medida é, plausivelmente ou com certeza, adequada e necessária. Se não for provada *positivamente* a adequação e a necessidade, considera-se que o meio não se conforma com esses segmentos. Requer-se, portanto, o sucesso da *defesa positiva* da adequação e da necessidade.

Comparativamente com os dois tipos anteriores, a opção por decisões de defensabilidade representa uma maior desvitalização do princípio da prevalência da liberdade de conformação do legislador. Trata-se, por isso, de uma hipótese controversa. Se admitida, só o poderia ser de modo residual e em situações extremas.

²⁷⁹¹ O termo é usado por comodidade expositiva e não para insinuar qualquer homologia com a *Vertretbarkeitskontrolle* germânica.

6.1.3. Diretrizes sobre grau de prova e de convicção exigíveis

6.1.3.1. Considerações gerais

De um modo geral, a doutrina tende a identificar uma diretriz geral, aplicável por defeito. A que leva vantagem é a de que juiz constitucional se deve cingir a decisões de evidência²⁷⁹². A jurisprudência mais influente não anda longe disso²⁷⁹³.

Em abono dessa orientação geral salienta-se que as decisões de evidência são as que melhor salvaguardam as opções do legislador democrático. As decisões de plausibilidade e de defensabilidade dificultam a subsistência das normas legislativas e comprimem a liberdade de conformação do legislador. Essa compressão pode ser drástica no caso das decisões de defensabilidade, atendendo às dificuldades de demonstração positiva da adequação ou da necessidade.

Todavia, como qualquer posição de princípio, a indicação a favor de decisões de evidência pode ser superada se os pressupostos que sustentam tal opção não se verificarem. Pode não se justificar, por exemplo, uma opção de tendencial deferência para com o legislador. Nessa perspectiva, as decisões de plausibilidade podem ser uma conveniente solução de equilíbrio entre o desiderato da proteção da margem de apreciação do legislador e o interesse em garantir um escrutínio judicial não acriticamente deferente. Como se viu, a admissão de decisões de plausibilidade implica que em situações de incerteza epistêmica empírica total prevalece a liberdade de conformação do legislador; mas esta não prevalece nos casos em que o juiz, em situações de vantagem institucional, tem dúvidas, inclinando-se embora para a inadequação ou para a desnecessidade.

Não havendo uma posição fechada, como definir em cada caso qual o grau de prova e de convicção exigidas?

²⁷⁹² É orientação majoritária da doutrina que se deve utilizar sempre um critério de evidência na avaliação da adequação: v. **Pulido, *El principio de proporcionalidad...***, p. 737, com numerosas referências; todavia, há quem introduza algumas *nuances*, distinguindo, designadamente, o grau de segurança das premissas empíricas de que o tribunal parte.

²⁷⁹³ Parece ser esta a orientação do BVerfG: uma prognose sobre a aptidão de um ato só é considerada injustificada (sendo o ato consequentemente inadequado) quando a medida, esgotadas todas as possibilidades de conhecimento no momento da sua emissão, se pudesse considerar *manifestamente inapta*. A apreciação é *objetiva*, numa perspectiva *ex ante* e de *evidência*.

A propósito, valem as alternativas metódicas mais frequentes: pode ensaiar-se a definição de normas precisas que definam em que circunstâncias se aplica cada uma das alternativas; pode deixar-se a questão à ponderação do juiz; ou pode desenhar-se uma metódica mista, de ponderação enquadrada por regras.

A opção que se fizer coincidirá certamente com a que se assume em relação a outros temas concernentes à aplicação da proibição do excesso como norma de controlo: não apenas, portanto, sobre o grau de prova exigível para invalidar uma medida legislativa por violação da proibição do excesso e, concomitantemente, sobre o tipo de decisão admissível no caso sob apreciação, mas também sobre a aplicação de modalidade mais ou menos apertada da proibição do excesso e sobre a extensão e alcance dos poderes de instrução probatória.

É evidente que a definição de regras estritas sobre isso não é efetuada pela Constituição. Por outro lado, a jurisprudência e a doutrina não as enunciaram ainda e é pouco provável que o possam fazer de forma exaustiva e completa. Por isso, é impossível escapar a alguma ponderação do juiz constitucional, caso a caso.

De qualquer modo, há orientações gerais que balizam a ponderação judicial.

6.1.3.2. Em regra, prova *stricto sensu* ou evidência

A primeira orientação, amplamente sufragada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional - pelo menos na sua expressão *facial*²⁷⁹⁴ -, é a de que a inadequação e a desnecessidade só podem ser declaradas quando for feita prova que as mostrem com evidência e certeza. A demonstração da mera plausibilidade da inadequação ou da desnecessidade do meio não é em regra suficiente.

Esta orientação recolhe o favor da doutrina dominante²⁷⁹⁵.

A limitação do poder jurisdicional do juiz constitucional (por imposição da constituição ou em resultado de ponderação própria, nos termos acima

²⁷⁹⁴ V. *supra*, capítulo 5.

²⁷⁹⁵ Entre muitos, **Canotilho**, *Direito...*, 7.^a ed., p. 272; **Stern**, *Staatsrecht...*, III/ 2, pp. 765 ss.; **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 514 (com referências jurisprudenciais); **Barnés**, «El principio de proporcionalidad...», p. 16; **Ávila**, *Teoria...*, 7.^a ed., pp. 169-171. Contra, **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 458: uma vez que os meios só são justificados se forem necessários, a dúvida sobre a necessidade corre a favor do cidadão e contra o Estado (contra a norma legislativa).

apresentados) à produção de decisões de evidência é a opção que mais salvaguarda as escolhas do legislador. Não sendo admissível invocar uma presunção geral de constitucionalidade das leis ou das normas legislativas como razão justificativa da preferência por decisões de evidência, tal preferência só pode resultar da atribuição de relevância a fatores *materiais* ou, mais vincadamente, *institucionais*.

Como se defendeu antes, a consideração de fatores institucionais leva a que se assuma que o legislador disfruta das melhores condições para realizar as apreciações de facto pertinentes, sendo-lhe concedido *o benefício da dúvida* ou um *crédito de confiança* em situações de incerteza epistémica empírica do tribunal²⁷⁹⁶. A imposição de decisões de evidência veicula uma atitude de deferência perante o legislador.

Anteriormente notou-se que o legislador não está obrigado a optar por medidas menos interferentes, se a diferença das intensidades de interferência for irrisória, tal como não pode invocar que uma medida é menos satisfatória do que outra se a diferença da intensidade de satisfação for irrisória²⁷⁹⁷. Pergunta-se agora: como é que se cruza isso com a exigência de evidência? A resposta é simples (mas porventura praticamente fútil): na improvável eventualidade de aos olhos do juiz ser evidente que uma alternativa é *irrisoriamente menos interferente* do que a escolhida pelo legislador, esta não pode ser declarada desnecessária. Em contrapartida, na igualmente improvável eventualidade de o juiz concluir que há uma alternativa evidentemente menos interferente do que a adotada pelo legislador, sendo essa medida evidentemente menos satisfatória, mas apenas em termos irrisórios, a medida escolhida pelo legislador deve ser declarada desnecessária.

²⁷⁹⁶ V. o já antes citado **Miranda, *Manual...***, IV, 5.^a ed., p. 308; **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 514.

²⁷⁹⁷ Capítulo 16.

6.1.3.3. Admissibilidade de mera plausibilidade em certas circunstâncias

A imposição de decisões de evidência, na medida em que se constitua uma expressão automática e incondicional de deferência perante o legislador, suscita reservas. Uma diretiva geral de deferência gera o risco de abdicação da responsabilidade judicial²⁷⁹⁸ e leva a soluções mecânicas, desligadas do efetivo contexto em que se processaram as apreciações empíricas e a decisão do legislador²⁷⁹⁹. Uma atitude deferencial acrítica e mecânica, em nome de uma putativa vantagem institucional do legislador, envolve o perigo de desvalorização dos direitos²⁸⁰⁰. Consequentemente, não é aconselhável aderir a uma posição de *deferência mecânica ou automática*²⁸⁰¹.

Antes de optar por uma atitude de deferência que fundamente a opção por decisões de evidência, o juiz deve avaliar as condições institucionais em que se processou a decisão. Se a avaliação concreta comprovar a existência de condições institucionais de vantagem do legislador em relação ao juiz relevantes para o caso, justifica-se uma atitude de deferência do segundo em situações de incerteza epistémica empírica total, mas também em situações de incerteza epistémica empírica parcial negativa (isto é, quando a prova não dissipou as dúvidas do juiz, mas aponta para a inadequação ou desnecessidade da medida). Aqui justifica-se uma atitude de deferência *substancial*²⁸⁰², materializada na adoção de uma *decisão de evidência*. Se, ao invés, a avaliação dos fatores institucionais relevantes permitir concluir que é o juiz que está numa posição de *vantagem institucional comparativa* ou *especialização relativa*, isso deve traduzir-se no abandono da atitude de deferência

²⁷⁹⁸ **Trevor R.S. Allan**, «Human Rights and Judicial Review: a Critique of “Due Deference”», in *The Cambridge Law Journal*, vol. 65, n.º 3 (nov. 2006), pp. 671 ss., p. 676, *apud* **Brady, Proportionality...**, p. 27.

²⁷⁹⁹ *Idem*, p. 688.

²⁸⁰⁰ **Hickman, Public Law ...**, p. 171, *apud* **Brady, Proportionality...**, p. 28.

²⁸⁰¹ **Brady, Proportionality...**, p. 29, conclui que, tudo considerado, entre as teses resistentes à deferência – mas atentas às suas limitações – e as teses favoráveis à deferência – mas cautelosas sobre os termos de uma *due deference* – não há diferenças substanciais quanto aos resultados práticos.

²⁸⁰² A distinção é sugerida por **Aileen Kavanagh**, «Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication», in Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge University Press, New York, 2008, pp. 184 ss.; cfr. também, **Young**, «In Defence of Due Deference», *cit.*

do juiz. Nessa situação de vantagem institucional, tendo o juiz dúvidas sobre se a medida adotada pelo legislador é adequada para produzir os efeitos visados, mas dando como provada a plausibilidade da inadequação, as apreciações empíricas do juiz suplantam as apreciações empíricas do legislador, não obstante a relativa incerteza. O legislador não beneficia, neste caso, do benefício da dúvida e pode ser produzida uma decisão de plausibilidade. As decisões de plausibilidade não expressam uma atitude de deferência perante o legislador uma vez que fulminam a medida legislativa nas situações de incerteza epistêmica empírica parcial negativa do juiz. Nesse caso, as apreciações empíricas dadas como provadas pelo tribunal, embora com um grau de certeza menor do que a evidência, sobrepõem-se às do legislador²⁸⁰³.

Há quem dê um passo adiante: mesmo quando se trate de tomar uma decisão de evidência, em resultado de ponderação própria ou de imposição constitucional, a atitude de deferência para com as apreciações empíricas do legislador só deve ser adotada quando for *devida* ou *justificada* (*due deference*)²⁸⁰⁴. Constatada uma situação de incerteza epistêmica empírica, o juiz não deve simplesmente adotar uma atitude de deferência em relação às apreciações empíricas do legislador, sem nenhuma cautela. Isso vale para todas as situações de incerteza, mas é especialmente requerido nos casos de incerteza epistêmica empírica parcial negativa.

6.1.3.4. Rejeição da defensabilidade

Embora não falem exemplos de direito comparado²⁸⁰⁵, esta terceira opção não se coaduna com o quadro geral que traçamos inicialmente. No nosso sistema ao juiz

²⁸⁰³ Conforme referido anteriormente (capítulo 22), a área da lei penal é uma daquelas em que se aplica o que vai exposto no texto.

²⁸⁰⁴ **Brady, *Proportionality***..., p. 25; **Aileen Kavanagh**, «Deference...», p. 185: de alguma forma, a deferência substancial tem de ser “ganha” pelo legislador, comprovando-se em concreto, caso a caso, a sua maior competência institucional, maior especialização, maior legitimidade.

²⁸⁰⁵ O juízo de defensabilidade parece ter sido adotado pelo Supremo Tribunal do Canadá quando declarou a inconstitucionalidade da proibição de publicação de sondagens nos últimos três dias da campanha eleitoral por não estar provado que essa proibição era adequada para impedir a influência dos eleitores por sondagens imprecisas. Apesar de o senso comum induzir que a publicação de sondagens imprecisas nos últimos dias de uma campanha eleitoral é suscetível de perverter o sentido

constitucional cabe apenas a averiguação e eventual declaração da inadequação ou da desnecessidade do meio e não a apreciação e declaração positiva da sua adequação ou necessidade. Consequentemente, não tem de ser produzida prova da adequação e da necessidade.

Todavia, não repugna que em situações extremas, absolutamente raras e excepcionais, se ficcione uma exigência de defensabilidade. Admita-se, por exemplo, que o legislador se exime de qualquer esforço de argumentação ou de prova e que o juiz e o opositor da norma se deparam com a total incapacidade de produzir prova relevante; considere-se ainda que a medida sob escrutínio incide sobre bens, interesses ou valores de especial importância abstrata e relevo material. Nessas circunstâncias, como reação à atitude pouco cooperante do legislador, pode justificar-se que o juiz considere que deveria ficar provado que a medida é adequada e necessária, justificando-se a declaração de invalidade quando assim não for.

6.2. O grau de convicção exigível para a declaração de violação da proibição do excesso por incorreção das valorações do legislador

6.2.1. Os graus de convicção possíveis

Os graus de convicção aqui propostos são homólogos aos propostos para os juízos sobre as apreciações empíricas. Distinguiremos, portanto, (i) incorreção evidente, (ii) incorreção plausível e (iii) correção defensável.

6.2.1.1. Incorreção evidente

O juiz declara a invalidade da norma se for evidente que a ponderação realizada pelo legislador, é grosseiramente equivocada ou incorreta, tendo em conta a

de voto de alguns eleitores, a circunstância de isso não ter ficado demonstrado positivamente condenou a medida legislativa: v. *Thomson Newspapers*, S.C.J. n.º 44 (1998). **Choudhry**, «So What Is the Real Legacy...», p. 528, apresenta este caso como exemplo de oscilação da jurisprudência do Tribunal que, nele, ao contrário de outros, não adotou uma atitude de deferência para com o legislador em situações de incerteza.

importância dos efeitos positivos e negativos, à luz de um critério de acréscimo de liberdade ou de outro critério comparativo. Trata-se de uma situação de *certeza* da desproporcionalidade.

6.2.1.2. Incorreção plausível

O juiz declara a invalidade da norma se for plausível - embora não evidente, nem certo - que a ponderação realizada pelo legislador é grosseiramente equivocada ou incorreta. Trata-se de uma situação de incerteza epistémica normativa parcial negativa (o juiz tem dúvidas, mas inclina-se para a desproporcionalidade).

6.2.1.3. Correção defensável

O juiz declara a invalidade da norma se não for positivamente defensável que ela é proporcional, isto é, que a ponderação realizada pelo legislador que tenha concluído pela proporcionalidade é correta.

6.2.2. O grau de convicção exigível

O Tribunal Constitucional português tem assumido desde os primórdios da sua existência uma atitude de autocontenção. Veja-se logo o acórdão n.º 25/84, relatado por COSTA AROSO:

"não sendo a Constituição um código detalhado das relações que refere, *mas apenas um código de parâmetros* dentro dos quais se há-de desenvolver o poder legislativo da sua obra de conformação das relações sociais, mesmo no que toca aos direitos fundamentais, deixa a este uma margem de liberdade ou de poder discricionário mais ou menos amplo, sobretudo quando o sentido daquela é ambíguo ou equívoco e, assim, o Tribunal Constitucional só poderá censurar juridicamente tal uso quando ele *contraria manifestamente* a ordem

constitucional de valores, quando o legislador adopte valorações *inequivocamente refutáveis ou manifestamente erróneas*."

Os trechos ou expressões que sublinhámos, reforçados e reiterados por jurisprudência posterior (embora por vezes em termos oscilantes)²⁸⁰⁶, são cristalinos na afirmação de que as valorações do legislador só podem ser substituídas pelas do juiz em casos que (i) contrariam manifestamente a ordem de valores, (ii) sejam inequivocamente refutáveis ou (iii) manifestamente erróneas. A excepcionalidade ou gravidade da situação não podiam ser expressas de forma mais enfática.

A desproporcionalidade e.s.e. só pode ser declarada em situações de evidência²⁸⁰⁷ ou de grosseira desproporcionalidade²⁸⁰⁸. Quando não é possível afirmar nem a proporcionalidade e.s.e. nem a desproporcionalidade e.s.e. isso significa que a norma não é manifestamente ou evidentemente desproporcional, pelo que subsiste.

²⁸⁰⁶ V., sobre isso, o que se escreveu no capítulo 5.

²⁸⁰⁷ **Gentz**, «Zur Verhältnismäßigkeit...», p. 1606; **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 514.

²⁸⁰⁸ **Šušnjar**, *Proportionality...*, pp. 238-239, sustentando, aliás, que o *BVerfG* ou não pondera ou quando pondera na terceira etapa da proibição do excesso só o faz em casos de grosseira desproporcionalidade.

Vinte

PRINCÍPIO, REGRA OU *TERTIO GENUS*?

1. Dúvidas e correntes doutrinárias (síntese)

A qualificação da norma da proibição do excesso não é habitualmente objeto de tratamento aprofundado. Neste capítulo dedicamos-lhe apenas o espaço imprescindível para lançar mais alguma luz sobre a sua estrutura normativa.

Do desenvolvimento ou cruzamento das principais orientações resulta um amplo catálogo de posições²⁸⁰⁹. Agrupá-las-emos em quatro núcleos:

- (i) tese da proibição do excesso como princípio;
- (ii) tese da proibição do excesso como regra;
- (iii) teses do *tertio genus*;
- (iv) teses *intermédiadas* ou *mescladas*.

1.1. Tese da proibição do excesso como princípio

A tese da proibição do excesso como *princípio* recolhe a maioria dos sufrágios, angariando adeptos sobretudo entre os apologistas de critérios fracos para a distinção entre regras e princípios. Quem distinga regras e princípios em função de critérios que atribuem importância decisiva à *gênese*, ao grau de *generalidade* e

²⁸⁰⁹ Sobre o debate em geral, Alexy, *Theorie...*, p. 100; Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungstaates...*; Jakobs, *Der Grundsatz...*, pp. 98-99; Hirschberg, *Der Grundsatz...*, pp. 213 ss.; Grabitz, «Der Grundzatz...», pp. 583 ss.; Virgílio Afonso da Silva, «O proporcional...», pp. 24 ss.; Ávila, *Teoria...*, pp. 81-82; Pulido, *El principio de proporcionalidad...* pp. 571 ss.; Clérico, *El examen...*, pp. 29-30.

abstração, à referência a uma *ideia de direito* ou a uma lei jurídica suprema²⁸¹⁰, à importância ou *fundamentalidade* para o ordenamento jurídico²⁸¹¹, à *abertura e expansibilidade*, à (in)determinabilidade prévia dos casos a que se aplica, à capacidade para enformar toda a ordem jurídica, tende a incluir a norma da proibição do excesso no campo dos princípios.

Nesta linha, o *BVerfG* sempre falou de *Grundsatz*, seguido pela doutrina dominante, como o comprova a esmagadora maioria dos títulos e do sentido geral das obras mais representativas do período de maturação^{2812/2813}.

²⁸¹⁰ **Schlink**, «Proportionality in Constitutional Law...», p. 301.

²⁸¹¹ **Heusch**, *Der Grundsatz...*, p. 44.

²⁸¹² V. os seguintes títulos do século passado: **Bleckmann**, *Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzip*, cit.; **Bonavides**, «O princípio constitucional da proporcionalidade...», cit.; **Bonnard**, «Le principe de proportionnalité...», cit.; **Braibant**, «Le principe de la proportionnalité», cit.; **Búrca**, «The Principle of Proportionality ...», cit.; **Dahlinger**, «Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», cit.; **Degener**, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, cit.; **Dey**, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ...*, cit.; **Dreyfus**, «Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité», cit.; **Eissen**, «Le principe de proportionnalité ...», cit.; **Ellis**, *The Principle of Proportionality ...*, cit.; **Emiliou**, *The principle of proportionality...*, cit.; **Ermacora**, «Le principe de proportionnalité ...», cit.; **Willis Santiago Filho**, *O princípio constitucional da proibição do excesso*, cit.; **Galleta**, «El principio de proporcionalidad...», cit.; **Grabitz**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», cit.; **Herdeggen**, «The Relation between the Principles of Equality and Proportionality», cit.; **Hirsch**, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ...*, cit.; **Hirschberg**, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit.; **Huber**, «Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», cit.; **Jakobs**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», cit.; *idem*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen ...*, cit.; **A. Kaufmann**, *Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, cit.; **Kellner**, «Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», cit.; **Krauss**, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ...*, cit.; **Kutscher**, «Du principe de proportionnalité...», cit.; **Langheineken**, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ...*, cit.; **López González**, *El principio general de proporcionalidad...*, cit.; **Lücke**, «Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit...», cit.; **Medicus**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», cit.; **Merten**, «Zur verfassungsrechtlichen Herleitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips», cit.; **Meyer-Blaser**, *Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz...*, cit.; **Metzner**, *Das Verbot der Unverhältnismäßigkeit...*, cit.; **Oberle**, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, cit.; **Ossenbühl**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot)..., cit.; **Pollak**, *Verhältnismäßigkeitsprinzip...*, cit.; **Ress**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», cit.; **Schnapp**, «Verhältnismäßigkeitsgrundsatz...», cit.; **Schütz**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», cit.; **Stein**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», cit.; **Stelzer**, *Das Wesensgehaltargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit.; **Teitgen**, «Le principe de proportionnalité ...», cit.; **Ubertazzi**, «Le principe de proportionnalité...», cit.; **Weyland**, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz...*, cit.; **Wieacker**, «Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der Verhältnismäßigen...», cit.; **Witt**, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz...*, cit.; **Wittig**, «Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes...», cit.; **Wolffers**, «Neue Aspekte des Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», cit.; **Woske**, *Die Prozeßökonomie als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, cit.; **Zimmerli**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», cit.

²⁸¹³ V., por exemplo, a argumentação de **Jakobs**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», p. 99; em primeiro lugar, a proporcionalidade não seria suscetível de aplicação sem exceções, uma vez que estas podem resultar de outros princípios (como o democrático) e, em segundo lugar, a proporcionalidade não se aplicaria diretamente a situações de facto concretas, isto é não conteria um critério de decisão definitivo. V. a refutação destas alegações em **Clérico**, *El examen...*, p. 30, nota.

A Constituição portuguesa (artigos 19.º, n.º 4 e 266.º, n.º 2), bem como algumas normas do direito ordinário (por exemplo, o art.º 7.º do Código do Procedimento Administrativo²⁸¹⁴), qualificam a norma da proibição do excesso/proporcionalidade como princípio. Essa é também a inclinação mais comum entre os autores nacionais²⁸¹⁵. A isso não é estranha a circunstância de a designação de princípio ser predominantemente reservada para as *normas fundamentais do sistema*²⁸¹⁶.

1.2. Tese da proibição do excesso como regra

A tese da *regra* da proibição do excesso ou da proporcionalidade foi sufragada por Alexy²⁸¹⁷. O exato alcance do seu pensamento sobre esta matéria é, todavia, bastante esquivo uma vez que a explicitação é pouco mais do que minimalista. O autor emprega as expressões *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* ou *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, traduzíveis em *princípio* da proporcionalidade²⁸¹⁸. A orientação sobre essa questão é revelada, de modo quase incidental, numa nota de rodapé, onde esclarece que a exigência de proporcionalidade *não é um princípio* no sentido adotado no seu trabalho, tal como não são princípios os seus três segmentos,

²⁸¹⁴ Na redação do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro. Originalmente, v. artigo 5.º da redação do Decreto-Lei n.º 6/1996, de 31 de janeiro.

²⁸¹⁵ Como já vimos, na doutrina portuguesa a locução *princípio* da proporcionalidade é a maioritariamente preferida, falando também alguns (minoritariamente) de *princípio* da proibição do excesso: cfr. bibliografia sobre isso na introdução, 3.2.1. Na doutrina mais recente, v. **David Duarte**, «Drawing Up the Boundaries...», p. 59; **Egídio**, «Análise da Estrutura...», p. 627; (considerando que o princípio da proporcionalidade, como meta-princípio, se comporta de uma forma tudo ou nada e não como mandato de otimização). Posição matizada, embora tendente a considerar a proporcionalidade um princípio, é a de **Morais**, *Curso de Direito Constitucional...*, tomo II, vol 2, p. 475, uma vez que, por um lado, assinala o "conteúdo indeterminado de critérios-fim" dos segmentos da proporcionalidade, mas, por outro, realça a existência de uma pluralidade de subcritérios jurisprudencialmente densificados, de conteúdo mais ou menos denso, a partir dos quais o juiz realiza operações subsuntivas de concretização (*ob. cit.*, p. 665).

²⁸¹⁶ O critério da fundamentalidade tem uma "capacidade de resistência" apreciável, continuando muitas vezes a ser contraditoriamente utilizado mesmo pelos que aderem a critérios qualitativos, como nota **Virgílio Afonso da Silva**, «Princípios e regras. Mitos e equívocos acerca de uma distinção», in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, vol. 1 (2003), p. 613.

²⁸¹⁷ Cfr. **Alexy**, *Theorie...*, p. 100.

²⁸¹⁸ Por exemplo, **Theorie...**, p. 100; «Los Derechos fundamentales...», *cit.*

apesar da terminologia pacificamente utilizada. Quanto a estes três segmentos, refere que são *regras que ou se aplicam ou não*²⁸¹⁹. A exigência da proporcionalidade não é ponderável face a princípios conflitantes e o seu não cumprimento dá lugar a invalidade. Não se põe a questão de essa exigência ceder face a outros princípios numa situação concreta.

LAURA CLÉRICO, discípula de ALEXY em Kiel e igualmente adepta da tese da proporcionalidade como regra, propõe uma súmula reconstrutiva e clarificadora²⁸²⁰: (i) os princípios são comandos que devem ser otimizados ou objecto de ponderação e não comandos de optimização; (ii) as regras que especificam o modo de aplicação dos princípios são regras de segundo grau; (iii) os comandos da adequação e da necessidade são regras de segundo grau que determinam o que é possível em relação à satisfação de um princípio, tendo em conta as possibilidades fácticas; (iv) o comando de proporcionalidade em sentido estrito é uma regra de segundo grau, que determina a satisfação possível do princípio considerando as possibilidades jurídicas. Portanto, o comando de proporcionalidade em sentido amplo e os três "sub-comandos" têm carácter de regras. Acresce que não são susceptíveis de competir com outros comandos, uma

²⁸¹⁹ Todavia, a orientação de Alexy e, sobretudo, a respetiva fundamentação não são lineares. Mesmo quando teve oportunidade de clarificar o seu pensamento, como foi o caso do prólogo ao trabalho de Clérico, *El examen de proporcionalidad...*, pp. 15 e ss., não foi mais longe, falando (na tradução castelhana) de *princípio* geral de proporcionalidade, de *princípio* da idoneidade, etc., em contraste com as claras referências da autora ao exame da proporcionalidade como *uma regra* de segundo grau, à *regra* da idoneidade, etc. Borowski, *Grundrechte...*, pp. 77, 115, sustenta que Alexy advoga claramente que a norma da proporcionalidade é uma regra. V., também, Clérico, *Die Struktur...*, p. 21; Matthias Klatt/Moritz Meister, *The Constitutional Structure...*, cit., p. 8; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...*, p. 168; Webber, *The Negotiable*, p. 70, nota. Ávila, *Teoria...*, p. 81, sustenta, porém, que Alexy apenas enquadra explicitamente os segmentos da proporcionalidade no conceito de regras, nada dizendo sobre a proporcionalidade globalmente considerada, que continua a designar por *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* ou *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Noutra perspetiva, Novais, *As restrições...*, p. 348, sugere que Alexy recorre à ideia de norma de duplo carácter para qualificar a norma da proporcionalidade: esta norma seria simultaneamente uma *regra*, com uma estrutura binária de aplicação e um *princípio*, cuja aplicação requer procedimentos de ponderação, particularmente por causa do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Todas estas dúvidas sobre o verdadeiro alcance do pensamento do Autor, expresso em escassas oito ou nove linhas, levam a que se compreenda que o tradutor para a língua castelhana da *Theorie* tenha optado por traduzir *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* para "máxima" da proporcionalidade, fugindo à noção de princípio ou de regra. Contudo, nada na construção de Alexy consente a interpretação de que ele tenha querido propor um *tertio genus* enquadrador da norma proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso. Já o tradutor castelhano do «Sistema jurídico, princípios...», p. 147, opta simplesmente por "princípio da proporcionalidade" e "princípios parciais".

²⁸²⁰ Clérico, *El examen...*, pp. 29-30.

vez que não são objecto de ponderação, antes determinam como devem ser contrapesados os objectos de ponderação.

Outro seguidor desta orientação, CARLOS BERNAL PULIDO, sublinha que o princípio se decompõe num conjunto de três *regras* que ordenam o respetivo cumprimento quando ocorram os pressupostos de facto em que se deve aplicar a proporcionalidade e proíbem a sua aplicação quando os referidos pressupostos não se verificam²⁸²¹.

Mesmo fora do quadro da teoria dos princípios, há adeptos da teoria da posição mínima que decompõem a proibição do excesso em várias regras aplicáveis lexicograficamente²⁸²²

1.3. Tese da proibição do excesso como *tertio genus*

Neste grupo abrigam-se construções de vária ordem, como as que imputam à proporcionalidade ou proibição do excesso a natureza de *postulado normativo*, de *forma específica de regra*, de *princípio de legitimação*, de *procedimento*, etc.

A título ilustrativo, veja-se o contributo de ÁVILA²⁸²³. Nas suas palavras, a norma da proporcionalidade não é uma norma-princípio: a descrição abstrata do “dever de proporcionalidade não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fácticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios. Não

²⁸²¹ Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 593. Por outras palavras, agora especificamente direccionadas ao controlo de constitucionalidade de medidas legislativas: “quando concorrem as circunstâncias em que o princípio da proporcionalidade deve aplicar-se, a lei deve ser examinada sob a ótica dos três subprincípios e se do dito exame resulta ser inidónea, desnecessária ou desproporcionada em sentido estrito deve ser declarada inconstitucional”, p. 595.

²⁸²² V., por todos, Šušnjar, *Proportionality*, p. 301. Note-se que esta posição de que o *princípio* da proporcionalidade se decompõe em várias *regras* que admitem a sua aplicação binária, de modo dedutivo, não se afigura totalmente consistente com a rejeição de uma dicotomia forte entre regras e princípios, defendida na mesma obra (*ob. cit.*, pp. 276 ss.).

²⁸²³ Ávila, *Teoria...*, pp. 62, 79 ss.; «A distinção entre princípios e regras...», pp. 23 ss.

bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios.”²⁸²⁴ Mas a norma da proporcionalidade também não é uma norma-regra, na medida em que “não estabelece tal ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por intermédio das condições que ele estabelece que da interpretação de outras normas envolvidas será estabelecido o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico. O dever de proporcionalidade não funciona, em hipótese alguma, sem a complementação material de outras normas. O dever de agir proporcionalmente depende da determinação do meio e do fim, sobre os quais dizem outras normas jurídicas (princípios e regras), e não o dever de proporcionalidade, algo diverso de uma norma de conduta ou mesmo de estrutura.”²⁸²⁵

Para o autor, a norma da proporcionalidade recairia numa terceira categoria normativa, a dos *postulados normativos*, normas estruturantes da aplicação de princípios e regras²⁸²⁶. Os postulados normativos são uma categoria normativa, inspirada nos postulados *kantianos*. São “definidos como instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com elas não se confundindo”²⁸²⁷. Tais postulados não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, apenas explicam *como* (mediante a implementação de quais condições) pode ser obtido o conhecimento do Direito²⁸²⁸. O dever da proporcionalidade seria um postulado normativo aplicativo.²⁸²⁹ Daí decorreria a ideia de que só elipticamente se pode afirmar que são violados os postulados da proporcionalidade, porque em rigor violadas são as normas que deixaram de ser devidamente aplicadas²⁸³⁰.

²⁸²⁴ Ávila, «A distinção entre princípios e regras...», p. 23.

²⁸²⁵ *Idem*, p. 25.

²⁸²⁶ Ávila, *Teoria*, p. 82.

²⁸²⁷ *Idem*, pp. 62 e 79 ss.

²⁸²⁸ Ávila, «A distinção entre regras e princípios...», p. 19.

²⁸²⁹ *Idem*, p. 25.

²⁸³⁰ Ávila, *Teoria*, p. 80.

Dentro deste grupo de teses enquadra-se também a da proporcionalidade como *procedimento*.

1.4. Teses intermédias ou mescladas

Expoentes mais salientes desta corrente são as teses que atribuem à norma da proibição do excesso a natureza simultânea de regra e de princípio, ou que imputam estruturas distintas a cada um dos segmentos em que se desdobra. Exemplo das primeiras é a defendida por NOVAIS²⁸³¹, quando aponta que a norma da proibição do excesso, apesar de ter uma estrutura de aplicação binária, característica das regras, não pode ser aplicada independentemente de procedimentos de ponderação. Exemplo das segundas é a de GRABITZ²⁸³², o qual aborda os três segmentos da proibição do excesso em termos diferenciados. A idoneidade ou adequação e a necessidade funcionariam como preceitos jurídicos que não necessitam de nenhuma concretização adicional, expressando de maneira concreta as condições mediante as quais pode considerar-se que uma medida não é idónea ou adequada, ou não é necessária. São, assim, *regras de decisão*²⁸³³. Ao invés, a proporcionalidade e.s.e. não poderia entender-se como um verdadeiro preceito jurídico, uma vez que as condições em que uma medida deve considerar-se desproporcionada e.s.e. não podem ser nunca definidas de antemão, necessitando de ser concretizadas: a proporcionalidade e.s.e. não é uma regra de decisão, mas sim uma *regra de procedimento*, uma diretiva para a realização de uma ponderação entre os direitos e bens colidentes²⁸³⁴.

²⁸³¹ *As restrições...*, p. 348.

²⁸³² Grabitz, «Der Grundzatz...», p. 583; para uma síntese da tese do autor, Pulido, *Principio de proporcionalidad...*, pp. 593-594.

²⁸³³ Pulido, *Principio de proporcionalidad...*, p. 594.

²⁸³⁴ *Idem*; Nogueira, *Direito Fiscal...*, p. 71.

2. O debate da disjunção entre regras e princípios

Para tomar posição sobre o tema da qualificação da norma da proibição do excesso, é mister que se apure previamente o que separa as regras dos princípios e sobre se as categorias normativas se resumem a essas duas²⁸³⁵. Ora, quer seja por se remeter certos enunciados que integram o sistema jurídico para a categoria das não-normas²⁸³⁶, quer seja por se considerar outras categorias secundárias ou meramente instrumentais, como é o caso das definições e das remissões²⁸³⁷, o debate atual da teoria das normas jurídicas pauta-se pelo *Exklusionstheorem*: as normas são regras ou princípios²⁸³⁸.

O que distingue regras e princípios, já foi objeto de estudo do autor destas linhas noutro local, eventualmente com sucesso modesto dada a dificuldade em fixar um critério distintivo²⁸³⁹. Não aprofundaremos esse debate aqui. Apenas resumiremos as linhas essenciais.

Idealmente, o critério de distinção entre regras e princípios deveria extrair-se do próprio direito positivo. No entanto, a distinção é essencialmente doutrinária. Há três tendências²⁸⁴⁰: (i) uma que não reconhece diferenças entre regras e princípios

²⁸³⁵ V. um extenso rol de bibliografia sobre o tema no nosso «A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)», *cit.*

²⁸³⁶ **Alchourrón / Bulgryn, *Introducción...***, p. 97, exemplificam com as definições de palavras, declarações políticas, expressões de propósitos, regras conceituais. Todavia, cada enunciado tem de ser avaliado individualmente e nas suas relações com outros, uma vez que pode acontecer que haja alguns a que *prima facie* parece escapar qualquer sentido normativo - por não estabelecerem obrigações, proibições ou permissões de condutas - mas que podem ser convertidos em enunciados normativos.

²⁸³⁷ Como é o caso das "definições": cfr. **Moreso, *La indeterminación...***, p. 17.

²⁸³⁸ **Alexy**, «On the Structure...», p. 295; **Bäcker**, «Regras...», p. 57.

²⁸³⁹ V. **Canas**, «A proibição do excesso como instrumento mediador...», pp. 811 ss.

²⁸⁴⁰ Assim, **Alexy, *Teoria ...***, 2.^a ed., pp. 66-67. Referimo-nos apenas ao estágio atual do debate moderno. Porém, não deve ignorar-se que o tema dos princípios é conhecido desde há algum tempo. Pelo menos o Código Civil austríaco de 1811 aludia já aos *princípios gerais do direito*, no que foi seguido por vários congêneres do século XIX. **Dworkin** iniciou esse debate moderno em «The Model of Rules», in *University of Chicago Law Review*, vol. 35 (1967), pp. 14 ss. Este texto foi reproduzido em «Is Law a System of Rules?», in *The Philosophy of Law*, ed. por Ronald Dworkin, Oxford, 1977, pp. 38 ss.; seria retomado, apenas com o aditamento de um número introdutório, em ***Taking Rights Seriously***, Cambridge, Massachussets, 1977, pp. 14 ss. (texto utilizado no presente trabalho). Por outro lado, **Dworkin** publicou um outro trabalho em 1972, no *Yale Law Journal*, que republicaria sob o título «The Model of Rules II» no mesmo ***Taking Rights Seriously***, pp. 46 ss. Mas antes disso vários jus-filósofos de renome, como **Boulanger** («Principes généraux du droit et droit positif», in *Le Droit Français au milieu du XXe siècle, Études offerts à Georges Ripert I*, 1950, pp. 51 ss.; este autor terá sido

(*Übereinstimmungsthese*); (ii) outra que admite a existência de critérios *qualitativos* de distinção (*starke Trennungsthese*); (iii) uma terceira que admite apenas critérios *quantitativos* ou diferenças de grau, quando é possível identificar diferenças (*schwache Trennungsthese*). Adiante mostraremos que é possível uma quarta tese.

A primeira corrente, sustenta que não há utilidade ou diferença lógica ou estrutural entre regras e princípios, seja por impossibilidade de definir um critério distintivo, seja por nenhum critério acomodar a heterogeneidade *dentro* de cada uma das categorias ou evitar as situações de dificuldade de classificação de algumas normas²⁸⁴¹. Embora parta de um dado incontornável, tende a ser uma orientação minoritária em comparação com as outras duas correntes, designadas por qualitativa e quantitativa. Concentrar-nos-emos nestas.

Um dos métodos de investigação poderia ser chegar a um conceito consensual de regra e partir daí para descobrir o que os princípios têm de diferente.

Para chegar a um consenso sobre o que é "regra", poderia, por exemplo, assumir-se que o conceito de norma que subjaz à disjunção clássica entre normas e princípios (que ainda transparece da Constituição: v. artigo 8.º, n.º 1, "normas e princípios de direito internacional") coincide com o de regra²⁸⁴². Esta dicotomia entre normas e princípios assentava na ideia de que os princípios não eram normas ou que eram algo *mais* que as normas (*mais* fundamentais, *mais* estruturantes, *mais* próximos da ideia de direito, *mais* gerais e abstratos, *mais* indeterminados, *mais* irradiantes, *mais* permeados por valores, *mais* ideológicos, *mais* teleológicos ou diretivos, etc.).

Uma boa (embora não indisputada) candidata a preencher esse conceito de norma-regra, seria a fórmula kelseniana, *hipotético-imperativa*, de norma jurídica.

Numa visão mais ou menos pura, este modelo assenta em alguns pilares estruturais precisos²⁸⁴³. A norma jurídica é extraída dos enunciados normativos relevantes,

o primeiro a ensaiar um estudo analítico sobre os tipos e categorias de princípios jurídicos), Esser (*Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, 1956; utilizamos a versão castelhana, de 1961, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona), Del Vecchio («Sui principi generali del diritto», in *Studi sul diritto*, vol. I, Milano, 1958) ou Bobbio («Principi generali di diritto», in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Turim, 1966) tinham-se interessado pelo tema dos princípios.

²⁸⁴¹ V. nesse sentido, por exemplo, Aarnio, «Taking rules seriously», p. 188; Alchourrón/ Bulygin, *Normative Systems*, cit; Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

²⁸⁴² V. Esser, *Grundsatz...*, cit.

²⁸⁴³ V. Teixeira de Sousa, *Introdução...*, pp. 216 ss.

através de interpretação. Compõe-se de previsão e de estatuição. A previsão refere-se a uma classe abstrata de factos, eventos e circunstâncias, que constituem pressupostos da aplicação; a estatuição define os efeitos jurídicos ligados à verificação daquela classe de factos, eventos e circunstâncias²⁸⁴⁴. A norma pode ter exceções, mas essas exceções, se não incorporadas originalmente, são incorporáveis na própria textura da norma. Se for considerada válida, de acordo com os critérios de justificação externa vigentes, a norma constitui a premissa maior do silogismo judicial, no qual assenta a justificação interna da decisão de aplicação. Em termos sintéticos, verificados e subsumidos os factos aos pressupostos constantes da previsão, seguem-se automaticamente as consequências enunciadas na estatuição.

A estrutura destas normas, com carácter categórico, impõe a existência de meta-normas, normas secundárias ou de segundo grau, que resolvam colisões entre elas. Meta-normas, normas secundárias ou de segundo grau, são "lei posterior revoga a anterior" ("*lex posterior derogat legi priori*"), "norma especial derroga a geral" ("*lex specialis derogat legi generali*"), ou "norma excecional prevalece sobre norma geral", ou ainda "norma hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior" ("*lex superior derogat legi inferiori*")²⁸⁴⁵. Tais meta-normas têm de conduzir à definição de *qual das normas colidentes* prevalece e tem validade ou aplicabilidade no caso concreto. Embora não se exclua a possibilidade de um esforço de harmonização em sede de interpretação quando as normas têm idêntica dignidade formal (designadamente dignidade constitucional), se falhar essa possibilidade valerá necessariamente um critério que leva ao colapso de uma em prol da aplicação maximizada da outra.

Se estas propriedades fossem indiscutíveis e correspondessem às regras, nada haveria a opor à síntese de DWORKIN, quando afiança que as regras se aplicam de forma *tudo ou nada*²⁸⁴⁶, ou de ALEXY, quando diz que são *comandos definitivos* ou

²⁸⁴⁴ Guastini, *La sintassi...*, p. 56.

²⁸⁴⁵ Cfr. o tratamento algo diferente, mas com zonas de coincidência, de David Duarte, «Drawing Up the Boundaries...», pp. 57 e ss.; Alexy, *Theorie...*, pp. 77-78 e *Teoria...*, pp. 88-89.

²⁸⁴⁶ *Taking Rights Seriously...*, pp. 25-26.

*razões definitivas para um juízo concreto de dever ser ou dever ser real*²⁸⁴⁷.

Sucedo, porém, que mesmo quem sustenta que aqueles são as características *típicas* daquilo que se pode chamar normas simples ou regras, é forçado a admitir que elas, por vezes, ou falham ou surgem enfraquecidas.

Assim, além de se notar que há normas com essa configuração que aparecem muitas vezes designadas pela literatura (e até autodesignadas) como princípios²⁸⁴⁸, aponta-se que: (i) há enunciados normativos donde é suposto extrair-se esse tipo de normas cuja indeterminação obsta a uma aplicação automática e sem obstáculos, antes requerendo complexas operações hermenêuticas que impedem uma aplicação tão automática quanto a anunciada²⁸⁴⁹; (ii) não se exclui que estas normas tenham uma dimensão de peso; (iii) a subsunção de certos factos aos pressupostos descritos na previsão pode requerer operações de ponderação²⁸⁵⁰; (iv) a sua aplicação pode requerer ponderação do peso das suas consequências negativas e positivas²⁸⁵¹; (v) dentro deste tipo de normas, há mais do que uma categoria, designadamente normas primárias e normas secundárias, tendo as segundas destinatários e funções distintas e sendo duvidosa a sua qualidade de normas de conduta; (vi) estas normas

²⁸⁴⁷ Sobre as noções de dever ser real e dever ser ideal, pode ver-se **Alexy**, «Zum Begriff des Rechtsprinzips...», pp. 200 ss., e *infra*, nota.

²⁸⁴⁸ **Alexy**, *Theorie...*, p. 93; **Teoria...**, p. 104, dá como exemplos as normas do *nullum crimen sine lege* e da proporcionalidade que, para ele, são regras, não obstante a linguagem corrente as dar como princípios.

²⁸⁴⁹ **Dworkin** alerta que certas provisões podem funcionar logicamente como regra e substancialmente como princípio. É o que sucede quando essas provisões, embora tenham a natureza de regra, utilizam termos como “razoável”, “negligente”, “injusto”, “significativo” e outros conceitos vagos ou indeterminados.

²⁸⁵⁰ **Sanchís**, *Neoconstitucionalismo...*, p. 89. Exemplo: “determinar que no caso concreto houve legítima defesa (...) supõe também ponderação”.

²⁸⁵¹ **Zorrilla**, *Conflictos...*, pp. 80-81; **David Duarte**, «Drawing Up Boundaries...», p. 58; **Ávila**, *Teoria...*, 7.^a ed., p. 46, *passim*. Pode, contudo, entender-se que os exemplos apresentados pelo último autor não mostram que as consequências previstas na norma são desaplicadas por terem menor peso do que as razões que desaconselham a sua aplicação, considerando-se a norma válida, mas por serem desproporcionais, sendo, portanto, a norma inválida. Isto é, a ponderação das consequências da norma visa avaliar a sua validade à luz do parâmetro da proporcionalidade e não definir se se aplica ou não em definitivo no caso concreto. Isso vê-se num dos exemplos preferidos pelo autor: a aplicação de uma norma implicava que uma pequena empresa que importara quatro pés de sofá, de uma só vez, para um único sofá, perdesse facilidades fiscais. Em instância de recurso, a norma acabou por não ser aplicada no caso. O autor entende que a “consequência estabelecida *prima facie* pela norma” não foi aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador superiores às que justificam a própria regra. Subentende-se, portanto, que a regra não viu a sua validade contestada, mas as suas consequências foram afastadas em nome de razões superiores, depois de uma operação de ponderação. Ora, no caso, o que realmente estava em causa era a própria validade da regra, por eventual violação do princípio da proibição do excesso.

podem ser derrotadas através de exceções não inicialmente conhecidas²⁸⁵²; (vii) as normas de resolução de colisões e de identificação da norma colidente válida podem não resolver todas as colisões, designadamente as colisões *total-total* entre normas com a mesma fonte formal promanadas no mesmo momento²⁸⁵³.

A estratégia de partir de um *adquirido* sólido quanto à textura das regras para, em contraste, caracterizar outras normas, designadamente os princípios, fica, assim, dificultada.

Há, todavia, a hipótese de outro ponto de partida ser mais profícuo. Trata-se de começar por caracterizar os princípios, chegando, a partir daí, às regras. Para seguir essa linha, pode recorrer-se às construções de quem entende que é possível isolar uma ou mais diferenças específicas, de ordem estrutural, lógica ou morfológica, que sempre existem nas normas que não têm as características das regras e que, conseqüentemente, permitem falar de uma categoria homogénea, *qualitativamente* distinta. Entre os defensores desses critérios qualitativos destacam-se DWORKIN e ALEXY, que colocaram em causa os critérios quantitativos ou meramente gradativos tacitamente perfilhados pela doutrina clássica, de ESSER a LARENZ ou CANARIS.

DWORKIN salienta alguns fatores lógico-estruturais. Primeiro, o tipo de *comando* que os princípios exteriorizam: os princípios limitam-se a estabelecer uma razão ou fundamento que fornece um argumento numa certa direção – um *starting point*-, mas não torna inexorável uma particular decisão²⁸⁵⁴. Nessa medida, os princípios

²⁸⁵² Assim, Alexy, «Zum Begriff...», in *Recht, Vernunft...*, cit. pp. 188 ss.; *Theorie...*, p. 89; *Teoria...*, p. 100. Nos campos do direito onde não vigora a proibição da limitação das regras através de exceções, é sempre possível que, a propósito da aplicação de uma regra a um caso concreto, surja uma exceção. E se as cláusulas de exceção às regras decorrerem de princípios, elas nem sequer são teoricamente enumeráveis antes de a regra ser subsumida ao caso concreto, ao contrário do que sustenta Dworkin, *Taking Rights Seriously...*, p. 25, uma vez que pode suceder que um novo caso implique a descoberta ou enunciação de uma nova exceção à regra até aí não reconhecida. Cfr., também, Bäcker, «Reglas...», pp. 60 ss. (sustentando que a *derrotabilidade* é uma característica geral das regras, devido à sua capacidade de acomodar novas exceções, que não podem ser previstas e enumeradas exaustivamente para todos os casos futuros); Ávila, *Teoria...*, 7.^a ed., p. 45; Figueroa, «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», in Ricardo García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 333 ss., 347.

²⁸⁵³ Este conjunto de fatores de "amolecimento" da versão forte das regras dá alguma razão a quem alvitra que a estrutura das regras tal como descrita pelos defensores da separação forte entre regras e princípios é de tal modo rígida que nem os formalistas a aceitam. Em última análise, esse conceito fortemente distintivo de regra visaria apenas forçar artificialmente um maior contraste com os princípios: Figueroa, «La incidencia...», p. 202; Poscher, «Insights, Errors...», p. 439.

²⁸⁵⁴ *Taking Rights Seriously...*, pp. 25-26. Na súmula, em "linguagem europeia", avançada por Zagrebelsky, «Diritto per valori...», p. 874, os princípios são normas, porque definem uma orientação

são simplesmente argumentos a favor de posições jurídicas individuais. As autoridades normativas devem tomá-los em conta, se forem relevantes, como argumentos que apontam numa certa direção. Nos casos difíceis, particularmente, apontam num sentido mas não fixam um resultado ou uma estatuição necessários²⁸⁵⁵. Por outro lado, em situações de colisão, a dimensão essencial dos princípios é o peso ou a importância, enquanto a das regras é a validade.

Para ALEXY, algo diferentemente (mas não radicalmente diferente, em termos substantivos), olhando para a estatuição, os princípios são *comandos de otimização* (*Optimierungsgebote*²⁸⁵⁶) ou de *dever ser ideal* (*ideales Sollen*²⁸⁵⁷), enquanto as regras são comandos *definitivos*²⁸⁵⁸. Isso significa que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus. A medida do seu cumprimento depende não só das possibilidades reais (resultantes da situação de facto) mas também das jurídicas²⁸⁵⁹. Por outro lado, enquanto as colisões entre regras se solucionam introduzindo uma cláusula de exceção numa delas, ou declarando inválida pelo

para a acção ou decisão; mas, diferentemente das regras, são normas sem *fattispecie* (ou determinação do facto, *Tatbestand*) predeterminada, e com estatuição genérica.

²⁸⁵⁵ *Taking Rights Seriously*..., p. 26.

²⁸⁵⁶ *Theorie*..., p. 75. Como se referiu anteriormente, *supra*, capítulo 6, perante críticas como as de **Aarnio**, *Reason and Authority*..., p. 181, ou **Sieckmann**, *Regelmodelle*..., p. 65, o autor alterou a sua posição, passando a reconhecer que os princípios são normas que devem otimizar-se *de acordo com comandos de otimização* (**Alexy**, «On the Structure of Legal Principles...», p. 304; v., também, «My philosophy of law...», p. 39.).

²⁸⁵⁷ «Zum Begriff des Rechtsprinzips», p. 204. A oscilação do uso da noção de *dever ser ideal* - a ser transformado em *dever ser real* - nos próprios escritos de Alexy, que ora é propriedade cumulativa com a otimização, ora alternativa, ora nem sequer é mencionada, denota a indecisão sobre o seu sentido. Assinalando também essa oscilação, por exemplo, **Lopera Mesa**, «Los derechos fundamentales ...», p. 217. Note-se que **Sieckmann**, aquele que, partindo do quadro teórico da teoria dos princípios, mais aprofundou a estrutura dos princípios, considera critério distintivo justamente essa propriedade de *dever ser ideal* e não a natureza de comando de otimização: *Regelmodelle*..., p. 75.

²⁸⁵⁸ O escopo central do trabalho de Alexy é a aplicação desta distinção em sede de normas sobre direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, propriamente ditos, seriam no essencial direitos *prima facie*, a ser ponderados com princípios opostos em cada aplicação concreta, só se tornando direitos definitivos, estruturados então numa *regra*, depois de tal ponderação. Isto é, desta ponderação do peso relativo de cada direito, perante outros princípios, valores ou interesses, tanto poderia resultar a sua cedência perante eles, como a sua transformação em direito definitivo. Poderia haver em certos domínios direitos definitivos baseados em regras constitucionais, mas essa seria uma situação pouco comum. Esta orientação deve ser lida à luz da conceção de que o nível das regras tem uma preferência tendencial (isto é, não absoluta) sobre o nível dos princípios.

²⁸⁵⁹ *Theorie*..., p. 76; *Teoria*..., p. 87.

menos uma delas, as colisões entre princípios solucionam-se através de ponderação e através da cedência de um perante o outro²⁸⁶⁰.

Ainda numa linha de distinção qualitativa, uma tese bem conhecida entre nós é a de ÁVILA²⁸⁶¹, que enfatiza que a única distinção entre regras e princípios, quanto à determinação da conduta que resulta da sua interpretação, é que os princípios não determinam diretamente "a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação" ²⁸⁶².

Na doutrina portuguesa, merece relevo a construção de DAVID DUARTE, centrada na diferença estrutural (ou, talvez, antes de conteúdo) entre a *previsão* das normas-regra e a *previsão* das normas-princípio. A previsão das primeiras inclui explícita ou implicitamente um pressuposto do tipo "*em todas as situações do género x*". As segundas traduzem-se num pressuposto ou condição de aplicação "*em todas as situações de qualquer género*"²⁸⁶³.

Estas são, obviamente, apenas amostras de um imenso rol de orientações na doutrina estrangeira e nacional, algumas delas prometendo uma coisa e oferecendo outra²⁸⁶⁴.

Voltemos, contudo, aos primeiros dois autores - aqueles que verdadeiramente desencadearam o debate atual -, para sublinhar que os seus quadros teóricos e intenções não estavam direcionados, em primeira linha, para a construção de teorias

²⁸⁶⁰ Na doutrina nacional, a construção de Alexy é perfilhada por **Canotilho, Direito...**, 7.^a ed., pp. 1161-1162.

²⁸⁶¹ **Ávila, Teoria...**, 7.^a ed., p. 63.

²⁸⁶² Sobre a distinção entre normas de ação e normas fim, v. **Atienza/Manero, Las piezas...**, *cit.*; *idem*, «Sobre principios y reglas», in *Doxa Quadernos de Filosofia del Derecho*, n.º 10, 1991, pp. 101 ss., 108 ss. (ver, também, em: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf). Estes autores baseiam o seu critério de distinção *forte* na distinção de vários tipos de princípios (princípios em sentido estrito e diretivos e explícitos e implícitos) e no modo como constituem *razões para a ação* das diferentes classes de destinatários; sobre esta construção, v., por todos, a apreciação crítica de **Lopera Mesa**, «Los derechos fundamentales ...», pp. 220 ss.

²⁸⁶³ **David Duarte, A Norma...**, pp. 106 ss.

²⁸⁶⁴ **Zorrilla, Conflictos...**, p. 84, parece admitir que a distinção forte entre regras e princípios é inviável, mas acaba por - algo contraditoriamente - mostrar preferência pelo critério, também criticável (como reconhece), da incondicionalidade dos princípios e da condicionalidade ou hipoteticidade das regras. **Teixeira de Sousa, Introdução...**, p. 249, em certa medida parece admitir um critério forte de distinção, na medida em que enuncia dois aspetos que distinguiriam os princípios das regras (os primeiros são *sempre* estruturantes e valorativos, enquanto as regras são sempre instrumentais e podem não ser valorativas), mas esbate essa distinção quando reconhece que regras e princípios são ambos critérios de decisão e que isso atenua a importância da dicotomia.

das normas jurídicas. O primeiro, procurou demonstrar falhas da arquitetura do que entendia ser (talvez equivocadamente²⁸⁶⁵) o positivismo²⁸⁶⁶ e propôs um quadro teórico legitimador do ativismo do Supremo Tribunal americano; o segundo, pretendeu oferecer um quadro explicativo teórico completo e coerente da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão sobre direitos fundamentais. Quase se pode dizer que as teses da distinção qualitativa ou *forte* entre regras e princípios são um acidente²⁸⁶⁷, o que explica a não consideração exaustiva de argumentos importantes. Compreende-se, por isso, que as teses da separação forte de DWORKIN e ALEXY tenham sido vistas como manifestação de grande sofisticação teórica, mas também tenham sido objeto de agudas críticas (para não falar das autolimitações introduzidas por eles próprios)²⁸⁶⁸.

As teses qualitativas são censuradas por quem nota a heterogeneidade dos princípios e a ausência de elementos morfológicos ou estruturais comuns a tudo aquilo que se tende a enfileirar nessa classe normativa. Estas observações críticas são frequentemente (todavia, não exclusivamente) alinhadas por expoentes das correntes positivistas. O caso de GUASTINI²⁸⁶⁹ é paradigmático e elucidativo. Mas, entre os mais recentes, também poderiam ser convocados autores como HART, BOBBIO, COMANDUCCI, GIANFORMAGGIO, MORESO ou PRIETO SANCHÍS.

²⁸⁶⁵ Cfr. **Koch**, «Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus», in R. Dreier (ed.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Franz Steiner, Stuttgart, 1988, pp. 152 ss. (*apud*, **Poscher**, «Insights, Errors...», *cit.*); **Šušnjar**, *Proportionality*, p. 30; **Poscher**, «Insights, Errors...», p. 439 (comentando, além do mais, em termos que se aplicam a Dworkin e a Alexy, que a noção de *regra* que adotam se baseia no próprio ideal formalista que atacam). A suposição de que **Hart**, antecessor de Dworkin em Oxford, e principal visado por este, concebeu um modelo *de regras*, ignorando, portanto, os princípios e atribuindo aos juízes discricionariedade em sentido forte quando não haja uma norma aplicável, foi contestada pelo próprio na 2.^a edição do *The Concept of Law*, ed. de Penelope Bulloch e Joseph Raz, Oxford, 1994. No posfácio, reconhece que poderia ter havido um erro da sua parte em não ter admitido a força (não conclusiva) dos princípios. No entanto, alega, não defendeu que os sistemas jurídicos se compõem apenas de *standards all or nothing*.

²⁸⁶⁶ A correção dos excessos positivistas também já havia motivado relevantes doutrinas continentais europeias sobre os princípios, como a de **Esser**, em *Grundsatz und Norm...*, *cit.*

²⁸⁶⁷ **Figueroa**, «Existen diferencias...», pp. 340-342, nota certamente que a opção de Alexy por uma tese forte de separação entre regras e princípios constitui um desvio em relação à propensão natural do autor para a adesão a teses débeis ou intermédias em quase todas as questões centrais sobre as quais toma posição.

²⁸⁶⁸ **Teixeira de Sousa**, *Introdução...*, p. 346; **Zorrilla**, *Conflictos...*, pp. 73 ss.; **Figueroa**, «Existen diferencias entre reglas y principios...?», pp. 345 ss.

²⁸⁶⁹ Outro representante qualificado é **Prieto Sanchís**. V., por exemplo, *Neoconstitucionalismo...*, pp. 81 ss.

Admitindo que os princípios são também normas, uma vez que se podem reduzir a enunciados definitórios do estatuto deôntico de condutas²⁸⁷⁰, GUASTINI observa que não é fácil identificar os seus elementos característicos, devido à radical heterogeneidade²⁸⁷¹. A questão de se uma determinada disposição expressa um princípio ou uma simples norma (leia-se, regra), não é uma questão de facto mas sim uma questão que requer uma valoração, normalmente uma valoração do intérprete²⁸⁷² e, consequentemente, dependente de "estratégias interpretativas"²⁸⁷³.

A súmula dos elementos caracterizadores dos princípios apresentada pelo autor é uma eloquente demonstração de um número significativo de critérios e de teses, umas por ele recusadas - como a vacuidade da formulação²⁸⁷⁴, a ausência de previsão²⁸⁷⁵, ou a fundamentalidade²⁸⁷⁶ -, outras vistas como comuns a alguns, a muitos ou a quase todos os princípios, mas nenhuma verdadeiramente comum a *todos* os princípios, nem radicalmente distintiva em relação às normas que designa de *simples normas*.

Assim, recorrendo a critérios que se referem à *formulação*, à *estrutura lógica*, ao *conteúdo*, à *posição* que ocupam no ordenamento e à *função* que cumprem, sobre os princípios pode dizer-se que: (i) alguns estão privados de formulação normativa, ou de possibilidade de redução a um único enunciado normativo (princípio da separação de poderes, princípio da certeza jurídica)²⁸⁷⁷; (ii) muitos dirigem o

²⁸⁷⁰ Guastini, *Distinguendo...*, p. 143.

²⁸⁷¹ Guastini, *Distinguendo...*, p. 144.

²⁸⁷² Guastini, *Distinguendo...*, p. 158: por vezes, essa valoração é feita pelo legislador (constituente ou ordinário), quando qualifica ele próprio uma disposição como princípio.

²⁸⁷³ Sanchís, *Neoconstitucionalismo...*, p. 87.

²⁸⁷⁴ A vaguidade, indeterminação ou amplitude conceptual não é característica de uma classe de normas, podendo atingir qualquer enunciado normativo e, consequentemente, qualquer norma: Guastini, *Distinguendo...*, pp. 102, 147; Ávila, *Teoria...*, 7.ª ed., p. 48; Zorrilla, *Conflictos...*, p. 71; na doutrina nacional, Ramião, *Justiça...*, pp. 119 ss. Diferentemente, David Duarte, «Drawing Up Boundaries...», p. 58,

²⁸⁷⁵ Toda a norma pode ser reconstruída em forma de enunciado condicional ou *hipotético-causal*: como aponta Ávila, *Teoria...*, p. 41, a existência de previsão ou hipótese "depende mais do modo de formulação do que propriamente de uma característica atribuível empiricamente apenas a uma categoria de normas"; Guastini, *Distinguendo...*, pp. 86, 105 (nota), também parece ir nesse sentido, mas corrige em relação aos princípios (*ob. cit.*, p. 150).

²⁸⁷⁶ Guastini, *Distinguendo...*, pp. 146-147; também, Zorrilla, *Conflictos...*, p. 72.

²⁸⁷⁷ Guastini, *Distinguendo...*, p. 148.

comportamento de forma indireta, proclamando apenas um valor²⁸⁷⁸; (iii) em geral, convivem mal com a forma deôntica e imperativa²⁸⁷⁹; (iv) muitos são normas teleológicas, isto é comandam a obtenção de um fim²⁸⁸⁰; (v) muitos não são normas de conduta comuns, mas sim meta-normas ou normas de segundo grau²⁸⁸¹; (vi) frequentemente não são reconduzíveis ao esquema previsão/estatuição (ou prótase/apódose), proclamando simplesmente uma finalidade ou valor a prosseguir²⁸⁸²; (vii) são derrotáveis, uma vez que não impõem obrigações absolutas, mas apenas obrigações *prima facie*²⁸⁸³; (viii) desempenham por vezes o papel de normas fundamentais de setores do ordenamento jurídico, estão revestidos por uma dimensão de "importância"²⁸⁸⁴; (ix) são entendidos em certos contextos teóricos como expressão de preceitos ou valores suprapositivos²⁸⁸⁵; (x) podem ser meramente implícitos²⁸⁸⁶; (xi) alguns com valor constitucional são imodificáveis ou inderrogáveis²⁸⁸⁷; (xii) usam-se, principalmente, na produção do direito, isto é, cumprem em geral a função de circunscrever a competência normativa de uma fonte subordinada de direito²⁸⁸⁸; (xiii) usam-se também como parâmetro da interpretação do direito, como norma com superioridade axiológica em relação às normas a interpretar²⁸⁸⁹; (xiv) e usam-se na integração das lacunas do direito²⁸⁹⁰; (xv) aos seus conflitos, especialmente quando têm dignidade constitucional, não são aplicáveis as técnicas que

²⁸⁷⁸ Guastini, *Distinguendo*..., p. 149.

²⁸⁷⁹ Guastini, *Distinguendo*..., p. 149.

²⁸⁸⁰ Guastini, *Distinguendo*..., p. 149.

²⁸⁸¹ Guastini, *Distinguendo*..., pp. 149-150.

²⁸⁸² Guastini, *Distinguendo*..., p. 150. Em qualquer caso, não se exclui de todo a possibilidade de os princípios assumirem ou serem reconstruídos de acordo com esse conteúdo normativo.

²⁸⁸³ Guastini, *Distinguendo*..., p. 151. Deve notar-se que neste caso o autor não usa fórmulas como "alguns", "muitos", "a maior parte", "em geral", deixando a dúvida sobre se admite que esta característica, afinal - contra o sentido geral do seu discurso - é comum a todos os princípios, no que constituiria uma concessão à orientação *alexiana*.

²⁸⁸⁴ Guastini, *Distinguendo*..., p. 151

²⁸⁸⁵ Guastini, *Distinguendo*..., p. 154.

²⁸⁸⁶ Guastini, *Distinguendo*..., pp. 155 ss.

²⁸⁸⁷ Guastini, *Distinguendo*..., p. 160.

²⁸⁸⁸ Guastini, *Distinguendo*..., p. 162.

²⁸⁸⁹ Guastini, *Distinguendo*..., p. 163.

²⁸⁹⁰ Guastini, *Distinguendo*..., pp. 165 ss.

habitualmente se usam para resolver conflitos entre normas, designadamente o recurso aos critérios de solução *lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali*²⁸⁹¹; (xvi) na verdade, os conflitos entre princípios resolvem-se através de ponderação no caso concreto²⁸⁹².

O contributo de outros autores levaria a aumentar a lista já longa, mas incompleta²⁸⁹³.

Apesar de perfunctório, o esboço do debate dos prós e dos contras de uma distinção *forte* e até de uma distinção fraca com fronteiras razoavelmente nítidas, mostra a dificuldade de definir um critério que permita uma inexpugnável distinção entre regras e princípios e, concomitantemente, uma segura qualificação da proibição do excesso.

No trabalho antes mencionado, ensaiámos a disjunção de dois tipos de normas: aquelas cujas colisões caem sob a alçada de um comando de harmonização dos bens, interesses ou valores tutelados pelas normas colidentes; e aquelas cujas colisões estão sujeitas à aplicação de outros instrumentos de mediação da resolução de conflitos, que testam dimensões da validade ou da aplicabilidade das normas. Este poderia ser um critério indiciador de *normas-princípio*, as primeiras, e de *normas-regras*, as segundas, não obstante ser um critério de aplicação contingente, apenas operativo quando emerge um conflito ou colisão concreta entre normas. Isto é, um critério de distinção entre regras e princípios *não estrutural* que só opera quando há

²⁸⁹¹ Guastini, *Distinguendo...*, p. 168.

²⁸⁹² Guastini, *Distinguendo...*, p. 169. Registe-se, contudo, que o autor defende que as situações de conflito *total-parcial* são resolvidas através da regra da *lex specialis*. Em contrapartida, o conflito *total-total* seria pura e simplesmente insolúvel. A ponderação pressupõe, portanto, que os princípios sejam interpretados em termos de estarem em conflito *parcial-parcial*. Sobre estes tipos de conflitos ou colisões, que também empregamos, v. *supra*, capítulo 12.

²⁸⁹³ Cfr., por exemplo, Zagrebelsky, *Il diritto mite*, sustentando que os princípios não admitem interpretação literal; Figueroa, «La incidencia de la derrotabilidad...», p. 202, notando a diferença pragmática de os princípios requererem maior atividade argumentativa do aplicador do direito; Ávila, *Teoria...*, 7.^a ed., p. 77, mencionando, entre outros tópicos, o da maior interdependência, da complementaridade e da parcialidade; Bäcker, «Reglas...», pp. 68 ss., defendendo a não derrotabilidade por exceções; Sanchís, *Neoconstitucionalismo...*, pp. 91 ss., referindo a possibilidade de graduação ou de funcionarem como comandos de otimização (ao nível da estatuição) e a pertença ao campo da "política", mas só de alguns (isto é, não de todos), e de se destinarem a gerar maior protagonismo do intérprete, particularmente judicial (embora, paradoxalmente, possam cair em fenómeno inverso, no caso daqueles que se traduzem em comandos de otimização).

uma colisão entre normas e entre os bens, interesses ou valores por elas tutelados²⁸⁹⁴.

Alguns observam que este critério de tipo retrospectivo ("diz-me como foram resolvidas as tuas colisões com outras normas e dir-te-ei que tipo de norma és"), ou outros equivalentes, envolve o reconhecimento tácito de que não existe diferença *forte* entre regras e princípios *antes* do processo de interpretação e aplicação e, mais concretamente, antes do conflito entre normas²⁸⁹⁵. O reparo deve ser relativizado: o facto de a diferença ser identificada numa circunstância contingente (a colisão), que no limite pode não ocorrer nunca, não obsta a que exista diferença no plano ontológico²⁸⁹⁶. Todavia, essa relativização não elimina a possibilidade de haver normas em relação às quais é impossível proceder à respetiva qualificação como regras ou como princípios²⁸⁹⁷ ou que umas vezes são qualificáveis como regras, outras como princípios²⁸⁹⁸, o que, pelo menos, denuncia a insuficiência do critério, designadamente a insuficiência para sustentar uma distinção *forte*. Uma distinção baseada em tal critério nunca pode ser realmente forte²⁸⁹⁹.

Tudo ponderado, nenhum dos critérios apresentados, sejam qualitativos ou quantitativos, evita zonas de incerteza, fronteiras mal delimitadas, territórios duvidosos.

Mais inequívoca do que a distinção entre duas (ou algumas mais) categorias de normas estanques e apartadas por traços distintivos irreconciliáveis, parece ser a

²⁸⁹⁴ **Canas**, «A proibição do excesso como instrumento mediador...», *cit.* V., também, em sentido não equivalente, mas com alguma confluência pragmática e de resultados, **Sanchís**, *Sobre principios y normas...*, p. 55; *idem*, «Ley, Principios, Derechos», *cit.*; **Figuerola**, *Principios y positivismo jurídico*, p. 154.

²⁸⁹⁵ **Sanchís**, *Neoconstitucionalismo...*, p. 98; **Lopera Mesa**, «Los derechos fundamentales ...», pp. 234 ss. ("la calificación de una norma como principio o como regla no puede hacerse a partir de la interpretación aislada y abstracta de la disposición que la estatuye, sino sólo una vez puesta en relación con las circunstancias del caso a decidir y con las demás normas que resulten relevantes para el mismo").

²⁸⁹⁶ **Figuerola**, «Existen diferencias entre reglas y principios...?», pp. 354-355.

²⁸⁹⁷ Sublinhando isto, **Zorrilla**, *Conflictos...*, p. 81.

²⁸⁹⁸ *Idem*.

²⁸⁹⁹ Já não parece que se possa dirigir a este critério a crítica de que também há colisões de regras que se podem resolver com ponderação e colisões de princípios que se podem resolver sem ponderação: **Ramião**, *Justiça...*, pp. 153-154. Essa crítica envolve uma evidente petição de princípio: para se rejeitar o critério da distinção de regras e princípios baseado na forma de resolução de colisões, recorre-se a outro critério (não enunciado, nem demonstrado) que permita distinguir entre regras e princípios.

ideia de um *continuum* de posições normativas, com graduações diversas no que toca à imperatividade, imediatividade, densidade, determinação e abertura. Esta orientação foge às teses da separação forte (*starke Trennungsthese*) e da separação fraca (*schwache Trennungsthese*), porque não vê viabilidade na inequívoca arrumação das normas jurídicas em duas prateleiras conceptuais. Mas também não cai na tese da convergência (*Übereinstimmungsthese*), porque não advoga que as normas são todas ontologicamente iguais. Pelo contrário, admite que há normas que são inequivocamente regras ou inequivocamente princípios segundo a maioria ou a generalidade dos critérios, de distinção fraca ou de distinção forte, anteriormente enunciados²⁹⁰⁰. Esses casos, ditos fáceis, não têm de ser nem devem ser amalgamados numa massa normativa informe. A norma segundo a qual "só podem candidatar-se a presidente da República cidadãos com mais de trinta e cinco anos" é uma regra segundo todos os critérios estudados pela doutrina. A norma segundo a qual Portugal se rege nas relações internacionais pelo princípio da independência nacional é um princípio segundo todos os critérios. Sucede apenas que no intervalo entre os exemplares inequívocos há uma sequência de gradações que nem se deixam reduzir a duas (ou algumas mais) categorias uniformes, nem parecem suscetíveis de uma diferenciação e enumeração exaustiva.

Nesta linha, num dos extremos do *continuum* de gradações, haverá normas que correspondem à mais estrita e categórica fórmula imperativo-condicional e, no outro, normas com máxima abertura, indeterminação, fundamentalidade. Mas uma multidão impressionante de normas ocupará posições intermédias ou indefinidas dessa sequência.

Por onde passa a fronteira entre as normas que são aplicáveis através de subsunção e/ou de ponderação, ou entre as que veem as respetivas colisões resolvidas com recurso a meta-normas sobre colisões ou com operações de harmonização, depende muitas vezes de variáveis ou de argumentação que tornam tal fronteira fluída e móvel. Duas (ou mais) categorias normativas assentes em bases tão volúveis e com fronteiras tão porosas podem ter interesse pedagógico e até relevo analítico, mas

²⁹⁰⁰ Em última análise, mesmo os críticos mais acérrimos transigem na distinção entre regras e princípios, embora daí não extraiam qualquer ilação teórica, doutrinal ou metódica: v., por todos, **Poscher**, «Insights, Errors...», p. 438.

não podem ser a chave da teoria das normas nem desencadear automáticas consequências de regime²⁹⁰¹.

3. A proibição do excesso como norma sem morfologia ou estrutura única e estável

Em situações de colisão de algumas das normas que ocupam posições intermédias entre normas que são inequivocamente regras e normas que são inequivocamente princípios segundo os critérios menos contestados, e situações de colisão de normas que apresentam um grau máximo de abertura, indeterminação ou fundamentalidade, o ordenamento constitucional prescreve a ponderação e harmonização. Para isso, é necessário mobilizar instrumentos mediadores de ponderação e harmonização.

Estes instrumentos de ponderação e harmonização não têm, eles próprios, uma morfologia ou estrutura uniforme e invariável, pelo que podem oscilar, também eles, entre o tudo ou nada, a indeterminação ou abertura ou a posição intermédia. A sua qualificação como regra ou como princípio tem um intuito meramente heurístico, que visa facilitar a compreensão do modo como são aplicados e como podem influir na decisão.

Pensando especificamente na proibição do excesso como instrumento reportado a operações de ponderação e harmonização realizadas pelo legislador, importa distinguir consoante a encaramos como norma de ação ou como norma de controlo. O estudo do conteúdo, estrutura e metódica de aplicação de cada um dos segmentos da proibição do excesso como *norma de ação* permitiu verificar que atingem já um grau apreciável de densificação, embora não total. Além disso, não existe possibilidade aparente de aquela entrar em colisão com outras normas, ou de os bens, interesses ou valores por ela especificamente tutelados (adequação, necessidade, proporcionalidade e.s.e.) terem de ser objeto de ponderação com

²⁹⁰¹ Com conclusão confluyente, Šušnjar, *Proportionality*..., p. 281; Ramião, *Justiça*..., pp. 184-187. Note-se, todavia, que este segundo autor, apesar de rejeitar qualquer distinção estrutural ou morfológica, pressupõe em numerosos pontos da sua dissertação uma distinção entre regras e princípios ora de inspiração *alexiana*, ora coincidente com a de David Duarte (sobre isso, cfr. *supra*). Assim sucede quando considera reiteradamente que os direitos fundamentais são princípios (*ob. cit.*, pp. 187, 209, *passim*).

outros. A sua aplicação não está sujeita a qualquer operação de harmonização desses bens, interesses ou valores com os bens, interesses ou valores tutelados por qualquer outra norma, nem a qualquer operação de ponderação dos efeitos positivos que a sua aplicação provoca com outros efeitos. Por isso, de duas uma: ou a proibição do excesso como norma de ação é aplicável e tem de ser aplicada pelo legislador em toda a sua plenitude normativa, podendo traduzir-se ou não no dever de opção por uma específica solução legislativa; ou não é aplicável. Nessa medida, a norma da proibição do excesso está mais perto daquilo que DWORKIN, ALEXY (ou CANOTILHO, na doutrina nacional) idealizam como sendo característico das normas-regra.

No que toca à proibição do excesso como *norma de controlo*, é certo que a jurisprudência e a doutrina universais consolidaram uma pletora de propriedades densificadoras que, em muitos casos, permitem uma tarefa aplicativa formalmente semelhante à subsunção²⁹⁰².

Todavia, a análise da proibição do excesso como norma de controlo revela que ela tem um conteúdo *prima facie* que deve ser harmonizado, designadamente, com o *princípio formal* da variabilidade do poder de exame do juiz constitucional, em função da natureza e do alcance da colisão resolvida pela norma legislativa examinada. A harmonização entre a proibição do excesso como norma de controlo e este princípio formal, realizada pelo juiz constitucional, implicará que aquela possa ter de ceder em maior ou menor medida face à natureza e alcance da colisão objeto da norma legislativa fiscalizada. Esta conjugação entre elementos aplicativos significativamente densificados e a possibilidade de a aplicação da proibição do excesso, como norma de controlo, depender de operações de harmonização e ponderação, faz com que a sua configuração seja reconduzível a uma das referidas posições intermédias, insuscetíveis de conduzir a uma classificação perentória como regra ou princípio.

Num quadro de diluição da distinção entre regras e princípios, a opção mais segura seria falar-se, simplesmente, de *norma* da proporcionalidade ou da proibição do excesso. Por seu turno, a opção mais próxima da verdade morfológica e ontológica seria a de falar de *regra* da proibição do excesso, quando tivéssemos em mente a

²⁹⁰² **Morais, Curso de Direito Constitucional...**, tomo II, vol. 2, pp. 665, 668, 674, referindo-se especificamente à adequação e à necessidade.

norma de ação e, tendencialmente, de *princípio* da proibição do excesso, quando nos referíssemos à proibição do excesso como norma de controlo. Todavia, não vem mal ao Mundo, (nenhuma consequência de regime se arrisca) se, acompanhando a opção da Constituição, da lei ordinária, da jurisprudência constitucional e da maioria da doutrina, falarmos simplesmente, como temos feito, de *princípio* da proibição do excesso ou da proporcionalidade clássica²⁹⁰³.

²⁹⁰³ Assim concluíamos já em **Canas**, «A proibição do excesso como instrumento mediador...», p. 888, embora num quadro discursivo diferente.

Vinte e um

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E PROIBIÇÃO DO DEFEITO

1. Enquadramento

Não tendo o artigo 283.º da Constituição correspondência na esmagadora maioria das constituições estrangeiras²⁹⁰⁴, ele devia constituir uma "vantagem competitiva" no que toca à fiscalização do cumprimento de deveres de legiferação. Todavia, esse preceito, com o seu carácter de certa forma circunscrito, tem sido mais fator de condicionamento do desenvolvimento da dogmática dos deveres de produção de atos ou normas legislativas do que de estímulo ao seu desenvolvimento. Em outras ordens jurídicas onde não existe mecanismo correspondente parece até ter-se avançado mais²⁹⁰⁵. O artigo 283.º tem gerado desenvolvimentos ao nível da teoria da constituição - designadamente da teoria das normas constitucionais - e da garantia da constituição, bem como ao nível da organização dos poderes. A teoria dos deveres de ação do legislador, que fica logicamente a montante da teoria das omissões, tem permanecido na sombra²⁹⁰⁶. Noutros países confirma-se a tendência para o desenvolvimento de uma teoria dos deveres de ação do Estado, particularmente dos deveres de legiferação. Tendência com uma origem definida: radicou na necessidade da doutrina e da jurisprudência

²⁹⁰⁴ Cfr. a lista em **Miranda, *Manual...***, vol. VI, 4.ª ed., p. 378. Merece especial relevo a Constituição brasileira de 1988, com a sua ação de inconstitucionalidade por omissão, modalidade de fiscalização abstrata, e o seu mandato de injunção, modalidade de fiscalização concreta.

²⁹⁰⁵ Invocaremos amiúde o exemplo alemão. Na doutrina nacional cfr. a exposição sobre esse caso de **Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...***, pp. 109 ss.

²⁹⁰⁶ V., porém, **Canotilho, *Constituição dirigente...***, pp. 294 ss., 331 ss.; assinalando também este aspeto, **Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...***, p. 13.

alemãs enfrentarem a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (a questão da *Drittwirkung*, expressão hoje muito criticada). Uma das vias com mais sucesso foi a teoria dos deveres de proteção.

Contudo, a elaboração dogmática não se ficou por aí. Hoje fala-se, mais latamente, de uma dogmática unitária dos deveres de prestação ou de ação do legislador, que vai além dos deveres de proteção. Um dos pilares recentes dessa dogmática é a figura da proibição do defeito.

No quadro constitucional nacional está por definir de que forma se articula a teoria dos deveres de ação do legislador com o mecanismo de fiscalização das omissões do artigo 283.º. Trata-se, no entanto, de tema cujo aprofundamento escapa ao alcance do presente trabalho.

Aqui assume-se que o artigo 283.º, apesar da sua ambição limitada, não pode ser fator de inibição de uma teoria ampla dos deveres do legislador e da sindicabilidade jurisdicional do cumprimento desses deveres. O artigo 283.º não pode ser interpretado no sentido de que só um *certo tipo* de omissões, ou só uma *categoria limitada* de incumprimentos do legislador, qualquer que seja a sua extensão, estão sujeitos a apreciação e declaração de inconstitucionalidade. A circunstância de o legislador constituinte, numa dada fase da maturação histórica dos conceitos, ter definido um mecanismo de controlo das omissões de medidas legislativas destinadas a tornar exequíveis normas constitucionais parcialmente não exequíveis, não deve impedir o pleno e natural desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial sobre os deveres de ação. Tendo em conta o que se diz sobre o alcance e a natureza dos deveres de dar exequibilidade a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, o que quer que isso seja²⁹⁰⁷ (o conceito é manifestamente contraditório e o debate sobre ele é largamente inconclusivo), os deveres de ação do legislador vão muito além disso.

Em todo o caso, registam-se pelo menos três fatores de conexão entre o artigo 283.º e a dogmática dos deveres de ação do legislador.

Primeiro: embora não possamos promover a demonstração desse tópico, é doutrinariamente viável evoluir para uma interpretação atualizada do artigo 283.º, atribuindo-lhe um âmbito mais abrangente, potencialmente inclusivo de *todas as*

²⁹⁰⁷ V., por todos, o ensaio de definição em **Miranda, Manual...**, VI vol., 2.ª ed., pp. 370-371.

situações em que o legislador está sujeito a um dever de ação. Isso implicaria um alargamento daquela que parece ser a noção mais difundida de norma constitucional não exequível²⁹⁰⁸.

Segundo: mesmo numa interpretação restritiva, o artigo 283.^o fornece subsídios importantes para a definição do regime jurídico dos poderes do juiz constitucional em caso de verificação de omissão inconstitucional por violação do princípio da proibição do defeito, qualquer que seja o dever de ação do legislador em causa.

Terceiro: uma interpretação restritiva também não veda que a figura da proibição do defeito seja aplicável na apreciação da constitucionalidade das omissões referidas no artigo 283.^o, quaisquer que sejam.

2. A sedimentação jurisprudencial e doutrinal

Tal como sucede com a proporcionalidade/proibição do excesso, a proibição do defeito tem origem na dogmática alemã. Nesse contexto tem sido debatida profusamente²⁹⁰⁹. O mesmo não acontece, por enquanto, noutros espaços jurídicos

²⁹⁰⁸ **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, p. 145; **Miranda**, *Manual...*, vol. VI, 4.^a ed., pp. 376 ss.

²⁹⁰⁹ **Gunnar Folke Schuppert**, «Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation», Athenäum, Königstein, 1980; **Canaris**, «Grundrechte und Privatrecht», *cit.*; *idem*, «Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot...», *cit.*; *idem*, «Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip...», *cit.*; **Direitos fundamentais...**, *cit.*; **Jarass**, «Grundrechte als Wertentscheidungen...», *cit.*; **Volkmar Götz**, «§ 79 Innere Sicherheit», in Josef Isensee e Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, número marginal 30, C.F. Müller, Heidelberg, 1988; **Erichsen**, «Das Übermaßverbot», *cit.*; **Scherzberg**, *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität"...*, pp. 208 ss.; **Dietlein**, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, *cit.*; *idem*, «Das Untermaßverbot», *ob. cit.*; **Josef Isensee**, «§ 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», in Josef Isensee e Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, 1.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1992, número marginal pp. 162 ss. (desta obra usaremos também referências da 2.^a ed., de 2000, e da 3.^a ed., de 2011, onde aparece no vol. XI, como § 191); **Denninger**, «Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot», *cit.*; **Hain**, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», p. 982; *idem*, «Das Untermaßverbot in der Kontroverse», in ZG, n.^o 11 (1996), pp. 75 ss.; **Rudolf Steinberg**, «Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatsbestimmungen», in NJW (1996), pp. 1985 ss.; **Möstl**, «Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten...», *cit.*; *idem*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit...*, *cit.*; **Gellermann**, *Grundrechte im einfachgesetzlichen...*, *cit.*, pp. 342 ss.; **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 462; **Calliess**, *Rechtsstaat und Umweltstaat...*, *cit.*; *idem*, «Schutzpflichten § 44», *cit.*; *idem*, «Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis», *cit.*; *idem*, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots ...», *cit.*; **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit...», *cit.*; **Clérico**, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, *cit.*; *idem*, «Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot...», *cit.*; *idem*, «Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese...», *cit.*; **Cremer**, *Freiheitsgrundrechte: Funktionen...*, *cit.*; **Tzemos**, *Das*

onde ou é ignorada²⁹¹⁰ ou começa apenas lentamente a ser objeto de atenção²⁹¹¹. A discussão não gerou ainda um consenso ou posição dominante sobre questões fundamentais da teoria da proibição do defeito, designadamente sobre a sua relação com o princípio clássico da proporcionalidade ou da proibição do excesso. O desencontro é bem espelhado pela multitude de imagens escolhidas pelos autores para caracterizar essa relação: equivalentes (DENNINGER), antípodas (MERTEN, GELLERMANN), correlativas (MERTEN, ISENSEE), contrapolos (MAYER), congruentes (HAIN), verso e reverso da medalha (HAIN)²⁹¹². Entre aqueles que lhe atribuem densidade dogmática persistem divergências de fundo sobre: (i) o fundamento; (ii) a finalidade ou função; associada a esta questão, (iii) a relação com a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais; (iv) se é simplesmente uma componente incindível do princípio da proporcionalidade ou é mais do que isso; (v) o âmbito de aplicação; (vi) os destinatários; (vii) a relação com a proibição do excesso; (viii) o conteúdo e estrutura; (ix) a existência de apenas um modelo de proibição do defeito ou vários; (x) a extensão da sua aplicabilidade pelo juiz constitucional.

Untermaßverbot, *cit.*; **Merten**, «Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot», *cit.*; *idem*, «Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *cit.*; **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», *cit.*; *Idem*, **Staatliche Schutzpflichten...**, pp. 92 ss.; **Matthias Mayer**, **Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie...**, *cit.*; **Grimm**, «The Protective ...», *cit.*; **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot: über die Justiziabilität...», *cit.*; **Alexy**, «Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz»; *idem*, «On Constitutional Rights...», *cit.*; *idem*, «Sobre los Derechos Constitucionales a Protección», *cit.*; *idem*, «Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección», *cit.*; **Lee**, «Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot?», *cit.*; **Enders**, «Vorbemerkung vor Art. 1», in *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin, 2007; **Störring**, **Das Untermaßverbot...**, *cit.*; **Lindner**, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, *cit.*, pp. 513 ss.

²⁹¹⁰ Como sucede em geral nos ambientes jurídicos de expressão anglo-saxónica, mesmo entre os autores mais atentos e mais inovadores no contexto da teoria da proporcionalidade. V., por exemplo, as obras de **Rivers**, designadamente «Proportionality and Variable...», *cit.*, onde continua a não se distinguir as situações em que há que superar uma colisão entre interesses públicos e direitos e aquelas em que há colisão entre direitos.

²⁹¹¹ Cfr. **Canotilho**, «Omissões normativas ...», *cit.*; **Miranda**, **Manual ...**, IV, 5.^a ed., p. 310 (falando de *desproporcionalidade negativa*); **Miranda/Medeiros**, **Constituição...**, tomo I, 2.^a ed., pp. 342 ss.; **Sarlet**, «Constituição e Proporcionalidade...», *cit.*; **Pulido**, **El principio de proporcionalidad...**, pp. 806 ss.; **Gabriel Doménech Pascual**, **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos**, *cit.*; *idem*, «Los derechos fundamentales a la protección penal», *cit.*; **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», *cit.*; **Castro**, **As omissões normativas inconstitucionais...**, *cit.*; Jorge P. da Silva, «Interdição de protecção insuficiente...», *cit.*; **Croirie**, **Os Limites da Renúncia...**, p. 205; **Otero**, **Manual de Direito Administrativo**, pp. 371-372; **Streck**, «Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso ...», *cit.*; **Flávio Oliveira**, **Controlo da omissão estatal em direitos fundamentais...**, *cit.*; **Sampaio**, **O controlo jurisdicional...**, pp. 578 ss.

²⁹¹² Beneficiamos da recolha de **Lee**, «Grundrechtsschutz...», p. 299.

A resposta diferenciada a cada uma destas questões gera um número inabarcável de combinações que não podem ser aqui compiladas e tratadas. Por isso focar-nos-emos apenas em algumas das mais representativas propostas doutrinárias, desde as primitivas até às mais recentes. Analisaremos a construção doutrinária fundadora de CANARIS (1984), continuaremos com a reação crítica de HAIN (1993) e com a resposta de DIETLEIN (1995). Pela sua importância para a estruturação de uma visão mais global dos instrumentos de mediação de ponderação e harmonização, teremos uma perspetiva desenvolvida das recentes contribuições de BOROWSKI e de ALEXY (2007). Por a sua conjugação permitir uma visão de conjunto do atual estágio de maturação (e dispersão), consideraremos os desenvolvidos contributos recentes de CLÉRICO (2001, 2009), TZEMOS (2004), MAYER (2005) e STÖRRING (2009).

2.1. Os primórdios

As primeiras referências à *Untermaßverbot*²⁹¹³ são imputadas a SCHUPPERT, que, todavia, não lhe dedicou tratamento aprofundado e até adotou uma posição crítica em relação à nova figura. Esta seria uma das peças de uma (nova) pré-compreensão dos direitos fundamentais (superadora da conceção dos direitos de *defesa*) como diretivas ao legislador para a ativa conformação da realidade social²⁹¹⁴. Isso implicaria uma inevitável diluição das fronteiras funcionais entre o legislador e o Tribunal Constitucional²⁹¹⁵.

O primeiro tratamento com alguma densidade científica (ainda que incipiente) foi empreendido por um jus-civilista, CANARIS (1984)²⁹¹⁶, no contexto do estudo da

²⁹¹³ Cujas traduções podem ser proibição do defeito, proibição do défice de atuação ou proibição da insuficiência. Outras ainda: proibição da proteção deficiente, proibição de ação insuficiente, defeituosa ou por omissão. V. **Novais**, *As restrições...*, p. 77; **Canotilho**, "Omissões normativas...", pp. 115 ss.; **Miranda/Medeiros**, *Constituição...*, tomo I, 2.^a ed., p. 344; **Jorge P. da Silva**, «Interdição de protecção insuficiente...», p. 185. V., também, acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 75/10 (Sousa Ribeiro), n.º 11.4.3, e 166/10 (Lúcia Amaral), n.º 12. Usaremos preferencialmente *proibição do defeito*, admitindo-se, porém, que esta, como as demais designações, não está isenta de reparos (v. a crítica de **Sarlet**, «Constituição e Proporcionalidade...», *cit.*).

²⁹¹⁴ **Schuppert**, *Funktionell-rechtliche Grenzen...*, p. 14.

²⁹¹⁵ Cfr. **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 4-6; **Störring**, *Das Untermaßverbot...*, p. 21.

²⁹¹⁶ «Grundrechte und Privatrecht», *cit.* O autor concretizaria algumas das suas posições em «Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot...», *cit.*; *Idem*, «Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip...», *cit.* Em português, pode ver-se, **Direitos fundamentais...**, *cit.*

relação entre deveres de proteção legislativa dos direitos fundamentais, tal como recebidos no direito privado e proibição da insuficiência²⁹¹⁷. No âmbito do direito público, a figura foi depois recebida por JARASS (1985)²⁹¹⁸, GÖTZ (1988)²⁹¹⁹, SCHERZBERG (1989)²⁹²⁰ e ISENSEE (1992)²⁹²¹. Nenhum destes autores ensaiou, sequer minimamente, a definição do alcance e estrutura da nova figura²⁹²². Logo após as primeiras referências doutriniais, o *BVerfG* incorporou-a na sua

²⁹¹⁷ A literatura germânica sobre a dogmática dos deveres/direitos de proteção é extensa. V. entre muitos, **Murswiek**, *Die staatliche Verantwortung...*, cit.; **Georg Hermes**, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, C. F. Müller, Heidelberg, 1987; **Robbers**, «*Sicherheit als Menschenrecht...*», cit.; **Eckart Klein**, «Grundrechtliche Schutzpflicht...», cit.; **Dietlein**, *Die Lehre...*, cit.; **Isensee**, «Das Grundrecht...», cit.; **Hesse**, «Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung...», cit.; **Hans Klein**, «Die grundrechtliche...», cit.; **Unruh**, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit.; **Erichsen**, «Grundrechtliche Schutzpflichten...», cit.; **Jaekel**, *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht...*, cit.; **Gellermann**, *Grundrechte im einfachgesetzlichen...*, cit.; **Merten**, «Grundrechtliche Schutzpflichten...», cit.; **Szczekalla**, *Die sogenannten grundrechtlichen...*, cit.; **Krings**, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche...*, cit.; **Poscher**, *Grundrechte als Abwehrrechte...*, cit.; **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, cit.; **Rassow**, *Staatliche Schutzpflichten...*, cit.; **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, cit.; **Calliess**, «Schutzpflichten § 44», pp. 201-219; **Ulrich Vosgerau**, «Grenzen der Liberalen Gewährleistungstheorie: Schutzpflichten und Gemeinwohl im staatlichen Risikomanagement», in Jörg Scharer e outros (eds.), *Risiko im Recht. Recht im Risiko*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 135-156.

²⁹¹⁸ «Grundrechte als Wertentscheidungen...», pp. 382 ss. (consultámos as transcrições oferecidas por **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 203).

²⁹¹⁹ «§ 79 Innere Sicherheit», n.º marginal 30: aplicação do princípio no que toca ao desempenho das tarefas do Estado de garantia da segurança interna.

²⁹²⁰ **Scherzberg**, *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität"*, pp. 208 ss.

²⁹²¹ **Isensee**, «§ 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht...», números marginais 162 ss., introduzindo o princípio no campo específico dos deveres de proteção dos direitos fundamentais. V. outras referências em **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 7 ss.

²⁹²² A escassez das bases doutriniais e jurisprudenciais iniciais é unanimemente assinalada. V., por exemplo, **Dietlein**, *Das Untermaßverbot*, p. 133; **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 207.

jurisprudência (1993)^{2923/2924}. Sem embargo, tem-lhe dado um uso limitado²⁹²⁵, que contrasta com o profuso tratamento doutrinal - parcialmente conjectural - que tem suscitado. Num contexto constitucional particularmente propício (mais do que o alemão), o Tribunal Constitucional português emprega-a, ancorando-a no princípio do Estado de direito²⁹²⁶.

Sem embargo, de um modo geral, o conceito começou por ser apontado como supérfluo ou sem significado autónomo (perante os deveres de proteção ou a proibição do excesso)²⁹²⁷, ou foi simplesmente ignorado²⁹²⁸. O ceticismo²⁹²⁹ ou

²⁹²³ Invocando **Isensee** e omitindo o seu uso original por **Canaris**. A proibição do defeito foi a grande inovação dogmático-jurisprudencial da segunda decisão sobre o aborto, *Schwangerschaftsabbruch II*, de 29.5.93 (em BVerfGE, 88, pp. 203 ss., 254: “*Art und Umfang des Schutzes im Einzelnen zu bestimmen ist Aufgabe des Gesetzgebers. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das Untermaßverbot zu beachten; insofern unterliegt er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle*”). Cfr. **Christian Starck**, «Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens», in *JZ* (1993), pp. 816-822; **Hesse**, «Der verfassungsgerichtliche...», pp. 551 ss.; **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 4; **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, pp. 20 ss.; **Störning**, *Das Untermaßverbot...*, pp. 74 ss.; **Kinga Zakariás**, «Die rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zur grundrechtswirkung im privatrecht», in *Iustum Aequum Salutare*, (2009), pp. 147-166, acedido em março de 2014 em http://epa.oszk.hu/02400/02445/00015/pdf/EPA02445_ias_2009_4_147-166.pdf. A invocação da figura da *Untermaßverbot* de forma elíptica e sem qualquer explicação do seu conteúdo e alcance suscitou críticas imediatas: v. **Walther Hermes**, «Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht. Das zweite Abtreibungsurteil des BverfG und seine Folgen», in *NJW* (1993), pp. 2337 ss. Em Portugal, v. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/10 (Sousa Ribeiro), n.º 11.4.3.

²⁹²⁴ Alvitra-se que a receção da figura já estaria implícita na primeira decisão sobre o aborto, de 1975 (BVerfGE 39, pp. 1 ss.: o *BVerfG* julgou que a inexistência de uma reação penal à interrupção da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação não era compatível com uma efetiva proteção da vida), e em outras decisões precedentes: v. a enumeração em **Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, pp. 20 ss.

²⁹²⁵ V. as indicações de **Störning**, *Das Untermaßverbot...*, pp. 80-81; **Clérico**, ao tempo de «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 171, elenca oito casos, o último em 2008; porém, **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 263, fala de uso regular pelo *BVerfG*.

²⁹²⁶ A figura foi mencionada inicialmente em declarações de voto (Mota Pinto, Messias Bento) no Acórdão 288/98 e esteve numa primeira declaração de inconstitucionalidade em 2002 (Acórdão n.º 254/02). Interessante também a declaração de voto de Cura Mariano no Acórdão n.º 357/09. Nos Acórdãos n.º 75/10 (Sousa Ribeiro), n.º 11.4.3, e n.º 166/10 (Lúcia Amaral), n.º 12, adquire relevo. Significativa é a circunstância de alguns destes acórdãos incidirem sobre legislação penal do aborto. Cfr., por último, com mais indicações, **Miranda/Medeiros**, *Constituição...*, tomo I, 2.ª ed., pp. 344-345; **Jorge P. da Silva**, «Interdição de protecção insuficiente...», pp. 185 ss.

²⁹²⁷ V. a compilação em **Störning**, *Das Untermaßverbot...*, p. 23; **Hartmut Maurer**, *Staatsrecht*, 2.ª ed., Beck, München, 2001, pp. 235-236; **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 961.

²⁹²⁸ **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 10-12, enuncia a extensa lista de autores e de influentes manuais alemães que há uma década nem sequer lhe faziam qualquer menção.

²⁹²⁹ V. a listagem em **Störning**, *Das Untermaßverbot...*, p. 27.

a rejeição²⁹³⁰ persistem em setores relevantes da doutrina. E entre os que aceitam a sua autonomia o processo de sedimentação está longe de concluído.

2.2. A discussão inicial

2.2.1. Canaris: a autonomização da proibição do defeito a partir do direito privado

A proibição da insuficiência²⁹³¹ constitui uma peça da construção de CANARIS sobre a aplicação dos direitos fundamentais no domínio das relações jurídicas privadas: destinatários das normas de direitos fundamentais são apenas as entidades públicas (legislador, administrador, juiz) e não os sujeitos de direito privado²⁹³². Os direitos fundamentais vinculam direta e imediatamente o legislador do direito privado, do mesmo modo que o legislador de outros ramos do ordenamento jurídico, mas não vinculam diretamente os particulares. Salvo algumas exceções com cobertura constitucional específica, as relações jurídico-privadas sofrem o influxo dos direitos apenas através dos atos de autoridade. Em alguns casos, da vinculação direta do legislador aos direitos fundamentais decorrem deveres de proteção.

Critério elementar para o reconhecimento de um dever de proteção é a necessidade ponderosa de proteção de posições jurídico-fundamentais perante intervenções fáticas por parte de outros sujeitos privados²⁹³³. Este critério elementar é densificado com recurso a outros critérios: o *perigo*, a *ilicitude da intervenção* no bem jurídico fundamental carente de proteção, a *dependência do exercício* de certos direitos da colaboração de outros sujeitos de direito privado; além disso, critérios valorativos respeitantes à *natureza e hierarquia* abstrata do direito fundamental atingido, ao *peso da intervenção*, à *intensidade da ameaça* e ao *peso dos bens, interesses ou valores contrapostos*²⁹³⁴. Quanto maior o nível do direito

²⁹³⁰ Assim, Gellermann, *Grundrechte im einfachgesetzlichen*, pp. 347 ss.; Nitz, *Private...*, p. 376.

²⁹³¹ Expressão adotada pelos tradutores em *Direitos fundamentais...*

²⁹³² *Direitos fundamentais...*, p. 55.

²⁹³³ *Idem*, p. 107.

²⁹³⁴ *Idem*, p. 114.

fundamental afetado, mais grave a potencial intervenção nele e o perigo de intervenção; quanto menores as possibilidades do titular de desencadear autoproteção eficiente e o peso dos direitos e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de proteção²⁹³⁵.

A doutrina da proibição da insuficiência tem conexões com a doutrina da função de proteção dos direitos fundamentais. Todavia, dever de proteção e proibição da insuficiência são questões concetual e doutrinariamente distintas: a primeira reporta-se à vertente "se", a segunda à vertente "como" da proteção²⁹³⁶.

A proibição da insuficiência tem dois pressupostos: a aplicabilidade da previsão normativa do direito fundamental em causa, que se fixa através de interpretação²⁹³⁷, e o apuramento da existência de um dever de proteção.

Este apuramento é um passo metódico anterior a qualquer operação de ponderação²⁹³⁸. Diferentemente dos deveres de abstenção, que resultam diretamente do conteúdo e finalidade dos direitos de defesa, os deveres de proteção são em princípio indeterminados. A sua forma de satisfação é definida pelos órgãos do Estado, designadamente através do direito ordinário²⁹³⁹. Isto traduz-se em que a proibição de intervenção ou dever de abstenção no âmbito dos direitos de defesa não necessita de uma argumentação específica, além da que se retira do próprio sentido da norma constitucional, ao passo que o imperativo de proteção pressupõe uma fundamentação específica²⁹⁴⁰. Daí flui, designadamente, a implicação de "a eficácia da função de imperativo de tutela, em combinação com a proibição de insuficiência, ser substancialmente mais fraca que a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção, conjugada com a proibição do

²⁹³⁵ *Idem*.

²⁹³⁶ Acentuando a distinção entre dever de proteção e proibição da insuficiência em **Canaris, Tzemos, *Das Untermaßverbot***, p. 29. **Störring, *Das Untermaßverbot...***, p. 139, propõe um aperfeiçoamento: o "se" decorreria de um dever de proteção abstrato; o "como" de um dever de proteção concretamente ordenado; à proibição do defeito caberia antes o "a partir de quando" (*ab wann*) existe uma garantia de proteção jurisdicionalmente imponível.

²⁹³⁷ Da construção do autor resulta que não adere a uma teoria da hipótese normativa alargada: cfr., entre outros locais, **Canaris, *Direitos fundamentais...***, p. 105.

²⁹³⁸ *Idem*, pp. 82, 86.

²⁹³⁹ *Idem*, pp. 92 ss., citando o Tribunal Constitucional alemão, pp. 115 ss. O autor reporta-se especificamente ao direito privado comum.

²⁹⁴⁰ *Idem*, p. 103.

excesso"²⁹⁴¹. Por isso, refletindo o princípio *do primado da sociedade em face do Estado*²⁹⁴², em caso de dúvida vigora a regra geral de que "há que partir da função defensiva dos direitos fundamentais e da proibição do excesso"²⁹⁴³.

Fixada a existência de um dever de proteção, há então, do ponto de vista metódico, que fixar o alcance da *proibição da insuficiência*. Esta não coincide com o dever de proteção, tendo uma função autónoma. A proibição da insuficiência funciona como o veículo apropriado para delimitar o *núcleo mínimo de proteção* (*Schutzminimum*²⁹⁴⁴) do direito fundamental e evitar que o cumprimento do Estado fique abaixo dele²⁹⁴⁵. Não é um instrumento de ponderação e harmonização, cumprindo antes um papel simétrico ao que uma corrente atribui ao princípio da proporcionalidade na delimitação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Porém, mesmo na concretização desse mínimo de proteção, dada a indeterminação do dever de proteção, o legislador tem uma ampla margem de conformação, uma vez que a constituição impõe apenas a proteção como resultado *global* ou *conjunto* e não a sua conformação específica²⁹⁴⁶. Fora desse "espaço" de proteção mínima, o legislador movimenta-se num espaço "livre" entre a proibição do excesso e a proibição da insuficiência ("*Korridor zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot*")²⁹⁴⁷.

Proibição do excesso e proibição da insuficiência são conceitos doutrinários *autónomos*, quer do ponto de vista funcional, quer do ponto de vista estrutural. Ambos são parâmetros de controlo que funcionam como *proibições* dirigidas ao

²⁹⁴¹ *Idem*, p. 65; esta é a pedra de toque da construção dogmática de **Canaris**. Para a sua refutação, **Johannes Hager**, «Grundrechte im Privatrecht», in *JZ* (1994), pp. 373 ss., consultado em fevereiro de 2014 em http://epub.ub.uni-muenchen.de/5766/1/hager_johannes_5766.pdf; **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 21 *passim*.

²⁹⁴² **Direitos fundamentais**, p. 70.

²⁹⁴³ *Idem*, p. 69.

²⁹⁴⁴ **Canaris**, *Grundrechte...*, p. 228; *Grundrechtseinwirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip...*, p. 163. Fala-se também de um padrão mínimo (*Mindeststandard*): **Hain**, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», *cit*.

²⁹⁴⁵ **Canaris**, *Direitos fundamentais...*, p. 60; a conceção da proibição do defeito como instrumento de definição de um núcleo mínimo de proteção é perfilhada por outros autores: **Huber**, «Art. 19 Abs. 2 GG», número marginal 132 ss.

²⁹⁴⁶ **Canaris**, *Direitos fundamentais...*, pp. 118 e 123; dando também relevo a este aspeto alegadamente diferenciador entre proibição do excesso e do defeito, **Sarlet**, «Constituição e Proporcionalidade...», p. 28.

²⁹⁴⁷ **Canaris**, *Direitos fundamentais...*, pp. 34-35, 75, 121.

legislador, mas as semelhanças ficam-se por aí. Do ponto de vista funcional, a primeira destina-se a salvaguardar os direitos de defesa perante intervenções (ações positivas) do Estado; a segunda, a medir se a atuação do Estado é suficiente para salvaguardar o mínimo de proteção²⁹⁴⁸. Do ponto de vista estrutural, o ponto de partida e referência central do controlo da proibição do excesso é o fim da lei, enquanto o ponto de partida e referência da proibição da insuficiência é o dever de proteção, isto é, um parâmetro fixado pela constituição²⁹⁴⁹. A proibição da insuficiência é um instrumento que visa controlar se o direito comum promove em geral uma proteção eficiente dos bens fundamentais carentes de proteção²⁹⁵⁰.

Sobre a complexa questão da conjugação entre os dois testes nas situações em que a realização do mínimo de proteção de um direito implica intervir num direito fundamental conflituante, isto é, quando o dever de ação conflitua com o dever de abstenção, CANARIS descarta qualquer dificuldade: se "nos limitarmos mesmo a realizar, apenas, o mínimo de proteção dos direitos fundamentais jurídico-constitucionalmente imposto e se, para tal, for necessário intervir num direito fundamental conflituante, a proibição do excesso não pode logicamente, de todo em todo, ser violada por tal intervenção, de tal sorte que a sua aferição é aqui desnecessária"²⁹⁵¹. Ora, esta posição apenas pode ser considerada viável na medida em que se considere o *mínimo de proteção* do direito uma dimensão absoluta e irreduzível, insuscetível de colisão - e de necessária ponderação - com o conteúdo mínimo de outros direitos fundamentais.

A construção dogmática de CANARIS tem o indiscutível mérito de lançar as bases para a autonomização teórica do princípio da proibição do defeito²⁹⁵². O seu esforço de delimitação dos critérios para o apuramento da existência e da intensidade de deveres de proteção em caso de colisão de direitos dos particulares é iluminante e

²⁹⁴⁸ *Idem*, p. 34.

²⁹⁴⁹ Este é um dos pontos de maior atrito com as chamadas *Kongruenzthese*, isto é, as teses doutrinárias (Hain, Starck, Stern, Unruh, Erichsen, Schulze-Fielitz, Maurer) que sustentam que a proibição do excesso e a proibição do defeito são "duas fases da mesma moeda", ambas com um ponto de referência constitucional e estruturalmente indistintas: cfr. *infra* e Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 32.

²⁹⁵⁰ Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 31.

²⁹⁵¹ Canaris, *Direitos fundamentais...*, p. 127.

²⁹⁵² Coincidente, Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 35, não obstante as críticas fundamentais que dirige.

mesmo tópicos mais controversos, como o da prevalência da função de defesa sobre a função de proteção, definem linhas críticas de debate²⁹⁵³. Por outro lado, releva a constante preocupação em salvaguardar a liberdade constitutiva do legislador²⁹⁵⁴.

Todavia, a construção do autor tem insuficiências que decorrem de alicerces dogmáticos discutíveis, de uma visão parcial, da não consideração de aspetos estruturais basilares²⁹⁵⁵ e de algum otimismo metodológico. Alicerce dogmático discutível é, por exemplo, a não distinção, dentro de um âmbito alargado de proteção, entre um dever *mínimo de proteção* e um dever de proteção *prima facie*: o primeiro, quando determinável, tutelado através de uma proibição *absoluta* da insuficiência; o segundo tutelado através da proibição da insuficiência ou do defeito em sentido próprio, como instrumento de harmonização. Por outro lado, condicionado pelo ambiente dogmático do direito privado, CANARIS reduz a proibição do defeito a uma peça da dogmática dos deveres de proteção, desconsiderando a sua aplicabilidade em outros domínios onde o legislador está sujeito a deveres de ação²⁹⁵⁶. São também ignorados aspetos estruturais básicos, como os relativos aos comportamentos sobre os quais incide a proibição da insuficiência: as várias possibilidades de comportamentos - omissões totais, omissões parciais - não são analisadas nas suas especificidades e nas suas implicações, bem como nos seus diferentes enquadramentos dogmáticos. A estrutura da proibição da insuficiência, salvo referências esparsas quanto a algum dos seus segmentos²⁹⁵⁷, não é objeto de tratamento. A relação/diferenciação entre princípio da proibição do excesso e princípio da proibição da insuficiência, embora seja um dos aspetos mais inovadores e mais relevantes, é apressadamente abordada e basicamente indemonstrada.

²⁹⁵³ Esta tese está longe de ser consensual na doutrina, como se verá adiante. Cfr. **Matthias Mayer, Untermaß, Übermaß...**, p. 149.

²⁹⁵⁴ Aspeto valorizado por muitos autores. Cfr., por exemplo, **Andrade, Direitos fundamentais**, 5.^a ed., p. 148.

²⁹⁵⁵ Já, assim, **Dietlein, Das Untermaßverbot**, p. 133.

²⁹⁵⁶ **Tzemos, Das Untermaßverbot**, p. 35.

²⁹⁵⁷ Por, exemplo, quando descarta a aplicação da proporcionalidade (em sentido estrito), tal como desenvolvido no contexto da proibição do excesso, na execução da proibição da insuficiência (**Canaris, Direitos fundamentais...**, p. 67).

2.2.2. As críticas jurídico-funcional e dogmáticas

Um setor da doutrina criticou a gestação do novo princípio, quer do ponto de vista jurídico-funcional, quer do ponto de vista dogmático. Em contrapartida, outro setor rejeitou as críticas e aprofundou os traços de autonomização.

2.2.2.1. A crítica jurídico-funcional

A proibição do defeito foi vista como mais um instrumento de incremento do poder do juiz em detrimento da margem de conformação do legislador democrático, na medida em que transportava o perigo de um desproporcionado ou excessivo controlo do juiz constitucional²⁹⁵⁸. Um princípio de proibição do defeito que vá além da deteção de inações totais do Estado ou de insuficiências evidentes é um potencial perigo para a liberdade²⁹⁵⁹.

2.2.2.2. As críticas dogmáticas: em especial a *Kongruenzthese*

A crítica dogmática à configuração primitiva da proibição do defeito foi liderada por quem adota uma determinada visão do princípio clássico da proporcionalidade como diretiva de *plena otimização* de possibilidades e como instrumento de *mediação da colisão de direitos*. Com variações, a tese da congruência, convergência ou coincidência (*Kongruenzthese*)²⁹⁶⁰ tem dois pilares: (i) a proibição do defeito

²⁹⁵⁸ Sobre esta discussão e os vários argumentos, cfr. **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 69 ss., negando, além do mais, que a apreciação da proibição do defeito envolva necessariamente um controlo intensivo ou, pelo menos, mais intensivo do que o da proibição do excesso.

²⁹⁵⁹ **Siekman/Duttge**, *Staatsrecht I: Grundrechte*, EuWi Verlag, Thüngersheim-Nürnberg, 2000, p. 395.

²⁹⁶⁰ **Hain**, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», *cit.*; *idem*, «Das Untermaßverbot...», *cit.*; **Die Grundsätze...**, pp. 283 ss.; **Starck**, «Der verfassungsrechtliche...», *cit.*; tendencialmente, **Stern**, *Staatsrecht* III/2, pp. 813 ss.; **Erichsen**, «Grundrechtliche Schutzpflichten...», *cit.*; **Unruh**, «Zur Dogmatik...», *cit.*; **Michael Dolderer**, *Objektive Grundrechtsgehalte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 238 ss.; **Helmuth Schulze-Fielitz**, «Art. 20 (Rechtsstaat)», in Horst Dreier (ed.),

não acrescenta nada ao conteúdo dos deveres de proteção; (ii) há coincidência entre proibição do excesso e proibição do defeito²⁹⁶¹. Nessa perspectiva, quando um decisor está vinculado a proteger ou proporcionar condições de exercício de certos direitos sem comprimir desproporcionada ou excessivamente outros, em casos de relações triangulares (*Dreieckskonstellationen*), não haveria lugar para a autonomização de *dois* instrumentos²⁹⁶². A proibição do excesso teria necessariamente duas faces incindíveis: (i) proibição de compressão excessiva dos direitos de defesa afetados; e (ii) proibição do defeito na proteção dos direitos protegidos. Proibição do excesso e do defeito seriam duas faces de uma única moeda, incindíveis e não autonomizáveis, não se podendo falar de uma banda (*Korridor*) entre a vinculação à proibição do excesso e a vinculação à proibição do defeito. Esta tese pode ser concretizada através da versão original concebida por HAIN²⁹⁶³.

Este autor refuta os aspetos centrais da construção de CANARIS, de ISENSEE e do *BVerfG*. Para CANARIS, como se expôs, a função da proibição do defeito é dar resposta (sem ponderação) à questão de qual o padrão mínimo (*Mindestandard*) a que o Estado está obrigado na emissão das medidas de proteção dos direitos contra interferências por outros particulares. Daí decorre o limiar inferior da liberdade de conformação. Abaixo desse limiar o legislador não pode ir na produção das medidas de proteção. Concomitantemente, ISENSEE defende que a função da proibição do defeito é a prossecução do efetivo preenchimento do dever de proteção. Mas, se estes são a função e o conteúdo da *Untermaßverbot*, esta não transporta nenhuma exigência que não resulte já do dever estadual de proteção de direitos fundamentais²⁹⁶⁴.

Grundgesetz. Kommentar II, n.º marginal 199. Usaremos a tradução literal de *Kongruenzthese*, embora a conceção subjacente possa ser eventualmente melhor identificada através da denominação *teses de coincidência* ou de *convergência*.

²⁹⁶¹ Ou, noutra fórmula, a proibição do defeito não é mais do que uma expressão da proibição do excesso quando existem deveres constitucionais de proteção que exijam restrições de direitos fundamentais: **Starck**, «Der verfassungsrechtliche...», pp. 816-817.

²⁹⁶² Nem sempre isso é devidamente relevado, mas daqui pode inferir-se que, pelo menos nos casos em que o cumprimento do dever de proteção não traz consigo a interferência em direitos fundamentais de outros, a proibição do defeito adquire autonomia dogmática: **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 268 (citando **Erichsen**, «Grundrechtliche Schutzpflichten...», pp. 85, 88).

²⁹⁶³ «Der Gesetzgeber in der Klemme...», *cit.* V. também «Das Untermaßverbot in der Kontroverse», *cit.*; **Die Grundsätze**..., pp. 283 ss.

²⁹⁶⁴ **Hain**, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», p. 983; diferentemente, discutindo exaustivamente, dentro da dimensão de proteção do direito fundamental, a diferença entre dever de proteção (ou

Por isso, a jurisprudência do *BVerfG* é criticável na medida em que (a partir da segunda sentença sobre o aborto) distingue entre proibição do defeito e proibição do excesso. Para o Tribunal, a liberdade de conformação do legislador é delimitada por dois limiares: através da proibição do excesso fica definida a intervenção no direito de liberdade; através da proibição do defeito, a extensão da proteção exigida. A *Übermaßverbot* delimita a medida máxima da intervenção; a *Untermaßverbot* delimita a medida mínima da proteção; entre esses dois limiares vale a discricionariedade do legislador²⁹⁶⁵. Esta opção dogmática do Tribunal é criticada por HAIN, uma vez que recusa que se possa falar de um limiar mínimo de proteção ou de interferência máxima. Um dever é cumprido ou não é cumprido, não podendo sê-lo mínima ou maximamente. Uma interferência é ou não é, não se podendo falar de um máximo de interferência²⁹⁶⁶. Diferentemente do que decorre da orientação do Tribunal, nas constelações triangulares as exigências da proibição do excesso e da proibição do defeito coincidem (ou sobrepõem-se ou confundem-se): "Da proibição do defeito não resulta nada que não resultasse já da proibição do excesso. Não há nenhum diferencial entre medida mínima e medida máxima, entre limiar inferior e limiar superior da ação do legislador. As duas fronteiras são apenas uma"²⁹⁶⁷.

Esta coincidência ou convergência é ilustrada através da metódica da ponderação aplicável nos casos de constelações triangulares onde o legislador tem o dever de encontrar um compromisso ótimo que permita a satisfação equilibrada dos direitos ou bens colidentes. Nesses casos não existe nenhum diferencial entre medida mínima e medida máxima da ação do legislador. Uma solução de equilíbrio na satisfação de ambos os bens ou interesses colidentes implica que haja coincidência

tarefa de proteção) e proibição do defeito, **Möstl**, *Die staatliche Garantie für die öffentliche...*, pp. 42 ss.

²⁹⁶⁵ **Hain**, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», p. 983.

²⁹⁶⁶ *Idem*.

²⁹⁶⁷ **Hain**, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», p. 983 (tradução nossa). Elucidativa é também a explicitação em *Die Grundsätze...*, pp. 286-287. Os conceitos de proibição do excesso e de proibição do defeito são *complementares* (*Komplementärbegriffe*, na senda de **Starck**), ambos se abrigoando sob o conceito de proporcionalidade e.s.e. Havendo que delimitar a controlabilidade judicial dos *padrões mínimos* (*Mindeststandards*) de não afetação de posições de princípio, a proporcionalidade em sentido amplo assume as configurações de proibição do excesso quando a perspectiva é a da restrição de direitos de defesa e de proibição do defeito quando a perspectiva é a da demarcação dos limites da moldura de proteção de direitos. Este pilar central da tese da congruência mereceu recentemente o apoio e um estruturado aprofundamento de **Alexy**, «La estructura...», p. 130.

dos limites da realização dos interesses que devem ser protegidos e da afetação dos interesses que devem ser objeto de interferência ²⁹⁶⁸.

Estas premissas não conduzem o autor a um *tertio genus* ou à possibilidade de aplicação alternativa dos dois parâmetros (proporcionalidade/proibição do excesso ou proibição do defeito)²⁹⁶⁹, mas sim à exclusiva aplicação do clássico princípio da proporcionalidade. Nestas constelações triangulares, o fim do ato legislativo de interferência num direito é a proteção de outro direito. O cumprimento do dever de proteção contra perturbações provocadas por titulares de direitos de defesa é o fim da interferência perpetrada pelo ato legislativo (intervenção protetiva, *schützende Eingriff*). O fim da interferência está diretamente sustentado na constituição, sendo inquestionavelmente um fim legítimo. O meio escolhido para o cumprimento deste fim legítimo, isto é, a própria interferência protetiva no direito de defesa do perturbador, está sujeito ao crivo do princípio da proporcionalidade. A intervenção protetiva deve ser *adequada, indispensável e proporcional e.s.e.* para atingir o fim protetivo visado²⁹⁷⁰.

A convergência ou confluência entre as exigências das proibições do excesso e do defeito²⁹⁷¹ é particularmente ilustrada através do segundo passo da proporcionalidade em sentido amplo: a indispensabilidade (*Erforderlichkeit*) traduz-se em que o Estado deve fazer em relação ao direito afetado exatamente o que for indispensável fazer para proteger o bem que tiver de ser protegido²⁹⁷². Não

²⁹⁶⁸ Hain, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», p. 983.

²⁹⁶⁹ Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 77.

²⁹⁷⁰ Hain, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», p. 983.

²⁹⁷¹ Borowski, *Grundrechte...*, pp. 115-116, mostra as dificuldades da tese da congruência se ela for entendida num sentido forte, isto é, no sentido de que *qualquer caso* deve ser apreciado na perspetiva própria da proibição do excesso, a perspetiva de um sacrifício imposto a um direito. Esse sentido forte torna extraordinariamente complexa a configuração de uma queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) onde o queixoso pretenda a declaração da inconstitucionalidade da negação de uma prestação do Estado: como é que se pede a verificação de inconstitucionalidade de um ato negativo com fundamento de que é excessivo?

²⁹⁷² "[D]er Staat im Hinblick auf das tangierte Grundrecht gerade noch tun darf, was er als «erforderlich» für das schützende Gut tun muß" (*ob. cit.*, p. 983). Por outras palavras: pode fazer o que deve fazer. V., também, Starck, «Der verfassungsrechtliche...», p. 817: uma interferência que seja necessária do ponto de vista da proibição do excesso é por definição também suficiente do ponto de vista da proibição do defeito; o legislador deve interferir no direito de defesa na medida em que seja indispensável para cumprir o dever de proteção; Erichsen, «Grundrechtliche Schutzpflichten...», p. 88: existindo vários meios adequados e necessários ou indispensáveis, serão considerados em sede da proporcionalidade e.s.e todos os interesses colidentes, de modo a atingir um equilíbrio adequado. Este equilíbrio envolve em definitivo a conjugação entre o máximo admissível de interferência no

é, por conseguinte, aceitável a ideia de CANARIS de que o exame de constitucionalidade deve ir em duas direções independentes e porventura até não confluentes: por um lado a proteção não deve ficar aquém do mínimo constitucionalmente ordenado; por outro, a intervenção no direito afetado não deve ser excessiva²⁹⁷³. Da tese da congruência decorre que não é teoricamente possível conceber *três* hipóteses: a validade total do ato legislativo, a violação do dever de proteção ou a afetação excessiva do direito de defesa. Há apenas duas suposições: ou o ato legislativo é válido por a interferência no direito de defesa não violar os segmentos do princípio da proporcionalidade, sendo adequado, necessário e proporcional na prossecução do dever de proteção; ou o princípio da proporcionalidade é violado por a interferência no direito de defesa ser excessiva por não ser exigida pelo dever de proteção²⁹⁷⁴.

Uma das razões da resistência contra a nova figura dogmática era o perigo de aquela transportar consigo novas limitações ao poder de conformação do legislador²⁹⁷⁵. Mas o próprio HAIN sente a necessidade de se antecipar à eventual crítica de que a sua tese contribui para diminuir drasticamente a margem de livre conformação do legislador, na medida em que esta fique limitada à determinação de uma *medida ideal* que atinja o equilíbrio entre o que é exigido e permitido, quando há colisão entre dever e proibição²⁹⁷⁶. Contra isso apresenta um argumento *formal-*

direito de defesa e o mínimo de proteção exigível do direito que procura proteção. V., porém, a refutação por **Störring**, *Das Untermaßverbot...*, pp. 127-128.

²⁹⁷³ **Hain**, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», pp. 983-984.

²⁹⁷⁴ O maior e mais visível calcanhar de Aquiles da tese da congruência é não considerar que o segmento da necessidade pode ser aplicado não segundo um, mas segundo dois pontos de vista (na perspectiva do legislador). Do ponto de vista da proibição do excesso, meio necessário é aquele que, entre os disponíveis, *não tem alternativa menos interferente* com intensidade de satisfação igual ou superior. Se houver um meio alternativo *menos interferente* com intensidade de satisfação igual ou superior, é esse que deve ser adotado. Diferentemente, do ponto de vista da proibição do defeito ou da insuficiência de proteção (ou de ação), a questão é saber se há alternativa igualmente (ou menos) interferente *com intensidade de satisfação superior*. Se houver alternativa igualmente ou menos interferente com *grau de satisfação maior*, é esse que deve ser adotado. Isto leva a que possa haver meios que são válidos à luz da proibição do excesso (por serem tão interferentes quanto qualquer dos demais meios alternativos), não sendo, porém, válidos perante a proibição do defeito (por entre aqueles meios alternativos igualmente interferentes, haver pelo menos um mais eficiente) e vice-versa.

²⁹⁷⁵ **Hain**, «Das Untermaßverbot in der Kontroverse», pp. 83-84. Todavia, como bem observa **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 77, nota, não se percebe como é que um parâmetro que coincide ou é integralmente absorvido por outro já existente, sendo, por isso, inútil, pode constituir isolada ou autonomamente um perigo suplementar para a liberdade de conformação do legislador.

²⁹⁷⁶ V., nesse sentido, **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, p. 82.

institucional respeitante à relação entre legislador e jurisdição constitucional. Nessa perspetiva, aquele mantém a liberdade de que goza no contexto da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso: faz as suas próprias avaliações e valorações e dispõe de liberdade de conformação, tudo isso delimitando o controlo jurisdicional²⁹⁷⁷. Na ponderação própria das constelações triangulares, dispõe do poder de definição dos factos relevantes e das prognoses e goza de discricionariedade na atribuição do peso aos bens jurídicos conflitantes. Isto faculta-lhe a escolha dentro de um círculo de possibilidades²⁹⁷⁸. Os argumentos de HAIN não parecem, todavia, totalmente convincentes²⁹⁷⁹.

²⁹⁷⁷ Hain, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», p. 984. Na literatura alemã, é vulgarmente usada a trilogia *Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsfreiheiten* (liberdade de apreciação/avaliação, valoração e conformação), adotada pelo *BVerfG*.

²⁹⁷⁸ Hain, «Das Untermaßverbot in der Kontroverse», pp. 83 ss. As teorias da congruência podem aparecer com variações. Uma das mais interessantes é a de Epping, *Grundrechte*, 2.^a ed, Berlin/Heidelberg, 2005, n.º margem 88 (*apud Störring, Das Untermaßverbot...*, p. 124): há que distinguir consoante o direito de defesa objeto de interferência esteja constitucionalmente consagrado com ou sem reserva de lei. Nos casos de colisão entre um direito à proteção e um direito de defesa com reserva, existiria efetivamente margem de manobra do legislador, uma vez que a própria constituição a confere através da reserva de lei. Nos casos de ausência de reserva de lei, qualquer interferência é ilegítima e, portanto, os limites para a interferência são o mais apertado que é possível. A liberdade de ação entre proibição do excesso e do defeito não é viável. Cfr. a refutação em Störring, *ob. cit.*, p. 130.

²⁹⁷⁹ Cfr. Störring, *Das Untermaßverbot...*, p. 129. Mesmo alguns dos aderentes aos fundamentos da tese de Hain notam (e criticam) a possibilidade de a sua construção original conduzir a que a aplicação da proporcionalidade às constelações triangulares desemboque numa *única medida* proporcionada: Alexy, «La estructura...», p. 130. Todavia, Hain clarificou (ou retificou) posteriormente a sua tese. Em *Die Grundsätze...*, pp. 286-287, sublinha que, em situações de ponderação de posições de princípio de *respeito* e de *proteção* de direitos (a que o legislador está equivalentemente obrigado de acordo com o art.º 1.º, n.º 1, primeira sentença, primeiro e segundo segmentos, respetivamente, da GG), *não tem de se gerar uma única possibilidade de ordenação*. Isto é, da ponderação de posições de princípio colidentes não tem de resultar uma única resposta ótima "certa". Antes, a ponderação gera uma banda de respostas a partir da qual se pode proceder a uma concretização. Dentro desta moldura, o Tribunal Constitucional apenas pode examinar se o legislador respeitou os padrões mínimos de respeito e de proteção das posições de princípio conflitantes (*ob. cit.*, p. 286). De a proibição do defeito e proibição do excesso serem apenas duas perspetivas diferentes da ponderação ou da proporcionalidade em sentido amplo não se pode deduzir que a propósito da apreciação de cada caso concreto de tensão entre um dever de respeito e um dever de proteção haja apenas uma solução (*ob. cit.*, p. 287).

2.2.3. A reafirmação da autonomia dogmática da proibição do defeito: a tese da divergência

Respondendo a HAIN, DIETLEIN envereda por um caminho distinto, defendendo a autonomia dogmática da proibição do defeito em relação à proibição do excesso (*tese da divergência*) e rejeitando a *Kongruenzthese*²⁹⁸⁰. Desde logo, essa diferenciação seria exigida pelo princípio democrático: a assimilação da proibição do excesso e da proibição do defeito teria como consequência que não existiria qualquer liberdade de conformação do legislador democrático na realização das missões da legislação. Mesmo as competências para a realização de prognoses assentariam em bases muito frágeis²⁹⁸¹.

Do ponto de vista dogmático, a argumentação avança em três direções.

Primeiro, a tese da coincidência ou congruência dos dois princípios só se coloca nos casos de constelações triangulares (*Dreieckskonstellationen*), quando o legislador, para praticar a ação constitucionalmente comandada, necessita de afetar direito fundamental de terceiro. Mas não existem constelações triangulares num número significativo de casos, como os dos deveres de criação de condições de igualdade ou deveres de prestações sociais. E mesmo em situações de proteção de direitos fundamentais não é inevitável uma constelação triangular: o dever de proteção contra riscos naturais não implica sempre a prática de atos que sacrifiquem direitos de terceiros. Nestes casos, inexistindo uma restrição, a proibição do excesso é inaplicável; em contrapartida, a proibição do defeito é um possível critério de identificação de uma insuficiência do ato legislativo²⁹⁸². Também quando a lei não afeta direitos fundamentais ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do perturbador, como direito geral de liberdade, mas limita a sua ação (por exemplo, impedindo-o de pegar fogo à casa de alguém), a proibição do defeito não pode ser

²⁹⁸⁰ Dietlein, «Das Untermaßverbot», *cit.*; útil também a consulta de *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, *cit.* Vários autores oferecem sínteses. Entre outros, Tzemos, *Das Untermaßverbot*, pp. 78-79; Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß...*, pp. 71-72; Störring, *Das Untermaßverbot...*, pp. 125 ss.

²⁹⁸¹ Dietlein, «Das Untermaßverbot», p. 138.

²⁹⁸² *Idem*, p. 135.

entendida como um derivado ou uma parte não independente da proibição do excesso²⁹⁸³.

Segundo, o segmento da necessidade do princípio da proibição do excesso não é materialmente idêntico ao segmento da medida da necessidade (*Erforderlichkeitsmaß*) da proibição do defeito. O juízo de necessidade como subprincípio da proibição do excesso incide sobre uma lei concreta, sobre o seu âmbito interno (*Innenbereich*). É examinada a necessidade de meios escolhidos pelo legislador para a promoção de fins igualmente escolhidos pelo legislador²⁹⁸⁴. Em contrapartida, o juízo de necessidade no contexto da proibição do defeito vai além da lei concreta (nem sempre existindo, aliás, uma lei concreta), transcende-a. Ele visa apreciar se os encargos do legislador, na forma de deveres de proteção, diretamente resultantes da constituição, são preenchidos²⁹⁸⁵. Isto leva a que a aplicação dos testes da necessidade conduza a resultados diferentes: por exemplo, a norma que obriga ao conhecimento pela grávida, antes da realização de aborto, do conteúdo de uma brochura sobre o desenvolvimento do feto, com o fim legítimo de garantir uma decisão informada, não viola a proibição do excesso, mas não é suficiente para se considerar cumprido o dever de proteção do nascituro.²⁹⁸⁶

Tal decorre das diferentes premissas e estruturas dos dois *standards*. O segmento da necessidade da proibição do excesso incide sobre a relação entre o fim e o meio da lei (*Zweck-Mittel-Relation*), ambos decididos pelo legislador. Diversamente, a aplicação da necessidade (ou *Unerlasslichkeit*) da proibição do defeito incide sobre um dever de proteção ou de ação definido pela constituição, isto é, que transcende a lei ordinária²⁹⁸⁷. Proibição do excesso e proibição do defeito incidem sobre planos normativos diferentes ou grandezas que não podem ser consideradas idênticas: a proibição do defeito visa a fiscalização da correspondência entre proteção estatal constitucionalmente determinada e proteção estatal efetivamente conferida, mediando a verificação do cumprimento do *mínimo de proteção* comandado; a

²⁹⁸³ *Idem*, pp. 135-136. Concordante, **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 212.

²⁹⁸⁴ **Dietlein**, «Das Untermaßverbot», p. 136.

²⁹⁸⁵ *Idem*.

²⁹⁸⁶ *Idem*, p. 137.

²⁹⁸⁷ Como resume **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 79 e 82, o ponto de partida da aplicação da proibição do defeito é sempre uma norma constitucional (embora a doutrina divirja sobre qual) e não um fim legislativo.

proibição do excesso visa a fiscalização da conexão entre meio e fim da lei escolhidos pelo legislador, mediando a verificação do cumprimento do *limiar máximo* de interferência permitido. A proibição do excesso permite aferir se o legislador prosseguiu os fins por ele definidos com meios proporcionais; não contribui para ajuizar se a prossecução daqueles fins ou a escolha dos meios adotados eram constitucionalmente ordenados ou não. Por isso, mesmo que sobre uma lei se possa dizer que ela não viola o princípio da proporcionalidade daí não se pode deduzir que todas as demais tarefas legislativas constitucionalmente estabelecidas foram cumpridas²⁹⁸⁸.

Em terceiro lugar, proibição do excesso e proibição do defeito diferenciam-se do ponto de vista funcional. A primeira funciona como um programa condicional (*Konditionalprogramme*) do legislador, isto é, influencia condicionalmente a sua atividade. Estabelece condições para a validade de um meio: para que um meio seja válido deve preencher certas condições (adequação, necessidade, razoabilidade)²⁹⁸⁹. Diferentemente, a segunda é parte de um programa finalístico (*Finalprogramme*): a proibição do defeito é um meio auxiliar (*Hilfsmittel*) para se atingir um fim constitucional, contribuindo para a determinação da medida concreta de cumprimento do dever de prestação legislativa e para a execução do programa constitucional. A proibição do defeito não é um simples anexo, mas uma parte constitutiva da tarefa de legiferar²⁹⁹⁰. Todavia, o conteúdo normativo da proibição do defeito só pode ser muito escasso. Dela não se podem esperar ou extrair critérios exatos para a determinação da prestação concretamente comandada ao legislador²⁹⁹¹.

Apesar de rejeitar a absorção da proibição do defeito pela proibição do excesso, lançando, aliás, bases para distinguir "várias" proibições do defeito (consoante se esteja perante constelações triangulares ou não) e várias modalidades de relacionamento com a proibição do excesso, a doutrina de DIETLEIN assenta em

²⁹⁸⁸ Dietlein, «Das Untermaßverbot», p. 138; no mesmo sentido Calliess, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 212: não se trata, portanto, de uma mera diferença de perspetivas.

²⁹⁸⁹ Dietlein, «Das Untermaßverbot», p. 139.

²⁹⁹⁰ Idem, pp. 139-140. V. a dicotomia entre *Konditionalprogramme* e *Zweckprogramme* em Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, p. 195. Aceitando, também, a distinção estrutural entre esquema finalístico e esquema condicional, Calliess, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 215.

²⁹⁹¹ Dietlein, «Das Untermaßverbot», pp. 140-141.

considerações dogmáticas fragmentárias. O próprio autor manifesta expectativa quanto ao ulterior desenvolvimento e densificação da figura²⁹⁹². Da sua parte fica a indicação de que a estrutura triádica da adequação, necessidade e razoabilidade não é adaptável à proibição do defeito²⁹⁹³. Por outro lado, o desenvolvimento conferido à necessidade (ou indispensabilidade, *Unerlasslichkeit*) indicia uma figura dogmaticamente centrada nesse segmento. Não fica, porém, claro se a determinação, com a mediação da necessidade, de uma medida mínima de proteção deve resultar simplesmente da interpretação da norma jusfundamental donde decorre o dever de proteção (como sucede quando se trata de definir e proteger o conteúdo mínimo de proteção, conforme a *Wesensgehaltsgarantie*), ou de uma operação de ponderação que contrapese os direitos/deveres de proteção com as posições jurídicas colidentes²⁹⁹⁴.

Em todo o caso, o debate entre as teses negacionistas da autonomia e as teses autonomizadoras da proibição do excesso ficava com algumas das suas linhas essenciais definidas²⁹⁹⁵.

2.3. Os desenvolvimentos recentes

2.3.1. Congruência mitigada de Borowski

2.3.1.1. Exposição

No contexto da reconstrução dos direitos fundamentais alinhada com a teoria dos princípios, a primeira incursão com alguma profundidade na dogmática da proibição do defeito foi empreendida por BOROWSKI²⁹⁹⁶. Trata-se de uma

²⁹⁹² *Idem*, p. 141.

²⁹⁹³ *Idem*, p. 139.

²⁹⁹⁴ Interpretando aparentemente o pensamento de Dietlein nesse sentido, Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß...*, p. 71.

²⁹⁹⁵ Como veremos adiante, o debate sobre a autonomia da proibição do defeito e o debate, paralelo e indissociável, entre os partidários das teses da congruência e da divergência tem vindo a perder vivacidade à medida que se instala a tendência para teses compromissórias ou matizadas.

²⁹⁹⁶ A exposição do autor sofreu algumas alterações entre a primeira (1998) e a segunda (2007) edição do *Grundrechte...*, passando por «Grundrechtliche Leistungsrechte», *cit.* (2002). Na primeira,

construção que merece tratamento desenvolvido, seja por alguns caminhos inovadores que propõe, seja por a discussão dos seus pontos críticos iluminar parte do caminho para a posição que se assumirá ulteriormente.

Proibição do defeito e proibição do excesso entroncam ambas num pensamento de proporcionalidade²⁹⁹⁷, decorrem ambas da estrutura de princípio das normas de direitos fundamentais (a qual abrange a vertente donde resultam direitos a prestações²⁹⁹⁸), são ambas veículos de otimização. Porém, não se confundem porque se aplicam diferenciadamente consoante o *ângulo* de partida seja o cumprimento dos deveres jusfundamentais de ação do Estado ou o cumprimento de deveres de abstenção (decorrentes, por exemplo, da função de defesa dos direitos fundamentais). A proibição do defeito é o instrumento que se usa para determinação de comandos definitivos delimitadores do âmbito da garantia efetiva dos direitos fundamentais a prestações do Estado, designadamente do legislador²⁹⁹⁹.

A teoria da congruência e a concomitante prescindibilidade da proibição do defeito são rejeitadas³⁰⁰⁰. Todavia, vê-se na construção de BOROWSKI uma variante mitigada da tese da congruência³⁰⁰¹, ou nota-se que verdadeiramente não corta com esta³⁰⁰².

a tendência para o alinhamento com os termos essenciais da tese da congruência era mais vincada do que na segunda (notando também este aspeto, **Pirker, Proportionality...**, p. 121). Utilizamos o texto desta última sem prejuízo de assinalar as *nuances* mais significativas em relação à primeira.

²⁹⁹⁷ **Borowski, Grundrechte...**, p. 115, 2.^a ed., p. 184.

²⁹⁹⁸ **Borowski** engloba numa classe genérica de *direitos a prestações* em sentido amplo (*grundrechtlichen Leistungsrechte im weiteren Sinne*) os direitos a proteção, os direitos sociais e os direitos a organização e procedimento: **Grundrechte...**, 2.^a ed., pp. 209 ss., *passim*.

²⁹⁹⁹ *Idem*, p. 184.

³⁰⁰⁰ *Idem*, p. 192.

³⁰⁰¹ Assim, **Tzemos, Das Untermaßverbot...**, p. 81.

³⁰⁰² **Störring, Das Untermaßverbot...**, p. 190. Na segunda edição de **Grundrechte...**, **Borowski** aperfeiçoa e acrescenta argumentos contra a tese da congruência: (i) nem sempre a proteção de direitos é configurável num quadro de colisão de direitos de particulares ou de uma *Dreieckskonstellation* uma vez que a proteção pode ser exigível contra poderes estaduais estrangeiros; (ii) nos direitos sociais, a contraparte do dever de prestação é composta por bens coletivos. Portanto, a tese da congruência nunca poderia cobrir mais do que parcialmente o âmbito da proibição do defeito. Mas a objeção mais importante reside na incapacidade da tese da congruência para acomodar adequadamente a liberdade de conformação do legislador (*ob. cit.*, p. 192). Não é certo, porém, que essa objeção atinja o alvo, uma vez que a maioria das propostas do autor em relação ao asseguramento da liberdade de conformação do legislador são eventualmente aceites pela maior parte dos defensores das teses da congruência.

Rejeita, por outro lado, a construção da proibição do defeito como direta *inversão* da estrutura da proibição do excesso³⁰⁰³. A proibição do defeito corresponde estruturalmente à proibição do excesso apenas na medida em que a diferença entre comportamentos positivos e negativos do Estado não impliquem estrutura diferente do exame³⁰⁰⁴.

Esta diferenciação determina desde logo uma distinção de base. O exame da proibição do excesso consiste na apreciação de *um* ato praticado pelo legislador. Diferentemente, na proibição do defeito é suposto haver várias hipóteses alternativas de comportamento que preencham o dever de ação. Para saber se *uma específica* hipótese de ação do legislador é definitivamente comandada não basta aplicar os três segmentos da proporcionalidade em sentido amplo exclusivamente a

³⁰⁰³ **Borowski, Grundrechte...**, 2.^a ed., pp. 192 ss. A tese da direta *inversão* da estrutura da proibição do excesso (*unmittelbare strukturelle Umkehrung des Übermaßverbots*) é imputada a **Hermes, Grundrechte ...**, p. 253, e a **Robbers, Sicherheit...**, p. 171. Uma versão aperfeiçoada foi defendida por **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», pp. 273 ss. (sobre esta nos pronunciaremos ulteriormente). A proibição do excesso mediará a apreciação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade e.s.e de uma *ação* do legislador que interfere sobre direitos de defesa para prosseguir outros interesses (incluindo a proteção de outras posições jurídicas subjetivas); a proibição do defeito mediará a apreciação da adequação, necessidade e proporcionalidade de uma *omissão* do legislador que visa a melhor realização possível das posições jurídicas subjetivas inerentes aos direitos de defesa (ou um maior espaço de liberdade, com menos intervenção do Estado). **Borowski** assinala várias dificuldades desta tese. Primeiro, a que decorre do segmento da necessidade: a aplicação da tese da inversão implicaria que a omissão seria necessária se não houvesse nenhuma medida legislativa alternativa que, afetando em igual medida o direito de defesa, sacrificasse menos as posições jurídicas colidentes carentes de proteção. Ora qualquer medida alternativa a uma omissão é sempre uma ação de prossecução do direito à proteção que interfere acrescidamente no direito de defesa. Por isso, nunca poderia haver uma alternativa menos interferente no direito de defesa do que a omissão. As omissões seriam sempre necessárias; nenhuma omissão poderia ser considerada inválida por violação da necessidade (*ob. cit.*, pp. 193-194). Deve notar-se, porém, que esta objeção só atinge o alvo quando a omissão é *total*. Quando a omissão do legislador é apenas *parcial*, é teoricamente possível (embora eventualmente difícil na prática) identificar *outras omissões* parciais que garantam um mesmo nível de liberdade dos titulares de posições jurídicas subjetivas de defesa e melhorem a posição dos titulares de posições subjetivas jusfundamentais decorrentes de deveres de proteção do Estado. A segunda objeção à tese da *inversão* consiste na circunstância de na proibição do defeito não existir a referência *firme* do exame que existe na proibição do excesso, isto é, um ato positivo de interferência em direitos de defesa com vista à prossecução de um fim considerado legítimo. Examinando-se se esse ato restritivo é válido ou não e concluindo-se pela invalidade, o juízo abrange tudo o que há a decidir e o caso termina aí na perspetiva da proibição do excesso. Diferentemente se passam as coisas na perspetiva da proibição do defeito. Aí não se trata de apurar se há um fim legítimo e se a omissão se coaduna com esse fim legítimo, mas sim de saber se o fim obrigatório resultante da constituição é cumprido. Por isso, quando há uma pronúncia sobre a adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e. da omissão de um determinado ato de proteção, isso não diz nada sobre outras possibilidades de ação com vista à prossecução do fim fixado pela constituição, pelo que a questão não se pode considerar encerrada. As outras hipóteses de ações de preenchimento disponíveis têm também de ser apreciadas, mesmo quando o Estado, em vez de uma omissão total, tenha praticado uma ação acusada de só parcial ou deficientemente cumprir o dever de proteção (*ob. cit.* pp. 195-196).

³⁰⁰⁴ **Borowski, Grundrechte...**, 2.^a ed., p. 196.

essa hipótese de ação. As outras hipóteses alternativas de ação devem ser também consideradas³⁰⁰⁵. Por isso, antes de se poder adaptar aqueles três segmentos da proporcionalidade em sentido amplo como pedras de toque da proibição do defeito, há que delimitar quais são as ações que podem ser tecnicamente consideradas ações de cumprimento, nenhuma devendo ser excluída sem ponderação³⁰⁰⁶. São reconhecidas as dificuldades práticas desta operação de delimitação de todas as possibilidades alternativas, designadamente quando puderem ser feitas combinações de várias hipóteses de ações de cumprimento do dever³⁰⁰⁷. Sem embargo, considera-a "manejável", uma vez que o círculo de possibilidades é delimitado pela "intuição" do aplicador do direito e pelo debate público e se confina às alternativas que garantam uma intensidade mínima de promoção do fim³⁰⁰⁸.

A proibição do defeito é um instrumento de aferição da justificação de um comportamento omissivo do Estado. O autor averigua, portanto, se a aplicação dos três segmentos clássicos da proporcionalidade se adapta à aferição da omissão³⁰⁰⁹. Em primeiro lugar, a adequação. Esta implica que o comportamento omissivo do Estado prossiga pelo menos *um* fim legítimo. À cabeça coloca-se, portanto, a questão de saber se o fim relevante para aferição da respetiva legitimidade e para apreciação da adequação do comportamento omissivo é o cumprimento do direito fundamental à prestação ou se é outro fim, exterior a esse cumprimento, em nome de cuja prossecução se omite o preenchimento do dever de prestação. Se o segmento da

³⁰⁰⁵ *Idem*, pp. 182 ss., 196.

³⁰⁰⁶ Isto é, nenhuma devendo ser excluída com recurso apenas a critérios *isentos de ponderação* do tipo dos seguintes: (i) "deve ser escolhida a alternativa que assegure um cumprimento ótimo do princípio" ou (ii) "deve ser escolhida a alternativa que implique uma interferência mínima nos bens e direitos opostos": *Grundrechte...*, 2.ª ed., pp. 182 ss., 197.

³⁰⁰⁷ *Grundrechte...*, 2.ª ed., p. 197.

³⁰⁰⁸ Com isto o autor parece diminuir significativamente o alcance da sua própria doutrina, tal como começa por ser apresentada. Significativa é a especificação de que, por motivos práticos, apenas têm de ser ponderados meios que garantam um determinado mínimo de intensidade de proteção, embora isso não queira dizer que os outros não sejam também comandados *prima facie*: **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.ª ed., p. 181, nota 103. A construção parece algo inconsistente: como é que se traça a fasquia entre os meios que têm uma intensidade mínima e os que não a têm? E se todos são comandados *prima facie*, porque é que alguns são excluídos da operação de ponderação? Na verdade, parece apenas exigível que não deixe de ser considerada qualquer alternativa que, tendo em conta todos os dados disponíveis - incluindo normas vigentes, debate público, posições científicas, direito comparado, jurisprudência, etc. -, seja manifestamente adequada para promover o fim.

³⁰⁰⁹ *Grundrechte...*, 2.ª ed., pp. 198 ss. Com referência à 1.ª edição de *Grundrechte...*, a adesão de **Borowski** à equivalência estrutural dos dois princípios era um dos aspetos que, para alguns autores, demonstravam a proximidade com as teses da congruência: v. **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 81. Veremos de seguida se essa posição se manteve.

adequação tiver por referência o primeiro fim está em causa o exame *interno* da adequação. Se tiver por referência o segundo, trata-se do exame *externo* da adequação³⁰¹⁰. De acordo com o exame interno, uma medida estatal é adequada no sentido da proibição do defeito quando o fim jusfundamental subjacente ao dever de ação é alcançado ou promovido. Com o exame externo questiona-se se através da omissão voluntária ou involuntária do cumprimento do dever de ação, isto é, através da afetação do direito à prestação, é prosseguido um fim legítimo³⁰¹¹.

O exame *interno* da adequação é redundante³⁰¹², uma vez que a omissão do ato de proteção é justamente a forma de afetar (restringir) o direito à proteção. A omissão é, por definição, inadequada, isto é, nunca pode ser internamente adequada para prosseguir o fim do dever de proteção. Consequentemente, é preferível o exame *externo* (simetricamente, o único relevante também no exame da adequação da proibição do excesso). Mas só em casos raros pode esse exame externo representar um caso difícil no contexto da aplicação da proibição do defeito. Atendendo a que nas constelações triangulares uma medida legislativa de proteção de direitos afeta sempre negativamente os direitos de defesa com eles colidentes, a omissão daquela medida de proteção é necessariamente (externamente) adequada para a promoção de um fim legítimo, qual seja o da promoção da liberdade através da não afetação de direitos de defesa³⁰¹³.

A distinção entre exame interno e externo também se coloca no que toca à necessidade. Nos termos do exame interno, uma medida não é necessária, no sentido da proibição do defeito, quando através de outro meio se atinge pelo menos em igual medida o fim da proteção, mas se interfere menos nos direitos e bens colidentes³⁰¹⁴. Nos termos do exame externo, uma medida não é necessária, no sentido da proibição do defeito, se houver outra que promova o princípio jus-

³⁰¹⁰ *Idem*, p. 198.

³⁰¹¹ *Idem*, p. 199.

³⁰¹² *Idem*, p. 198. No entanto, na 1ª edição de *Grundrechte...*, p. 119, este exame interno tinha sido o único considerado. Também na proibição do excesso não se examina a adequação interna do meio para interferir no direito de defesa.

³⁰¹³ **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.ª ed., p. 199.

³⁰¹⁴ *Idem*, p. 200. Nesta vertente há óbvia coincidência com a necessidade da proibição do excesso.

fundamental do direito à prestação mais intensamente, interferindo menos ou, no máximo, igualmente nos direitos e bens colidentes³⁰¹⁵.

Ora, o exame interno não é relevante na perspectiva do direito fundamental à prestação do Estado, uma vez que se centra na averiguação sobre se há comportamentos do Estado menos interferentes nas posições jusfundamentais colidentes com aquele direito à prestação. Consequentemente, o exame que interessa é o externo. Também aqui funciona a simetria estrutural com a proibição do excesso, onde o exame da necessidade é igualmente externo³⁰¹⁶.

Contudo, o critério externo da necessidade no contexto da proibição do defeito é *uma fórmula vazia*³⁰¹⁷. Ele tem duas componentes: o apuramento da existência de um comportamento alternativo do Estado mais satisfatório para o direito à prestação; e, caso exista, a verificação de que esse comportamento alternativo afeta menos intensamente, ou em igual medida, os direitos e bens colidentes.

Quanto à primeira componente do critério externo, é forçoso partir da premissa de que, por definição, a interferência num direito a uma prestação resulta da omissão de uma ação devida. Ora, só há (e há sempre) uma alternativa à omissão do cumprimento de um dever de ação: a execução de uma ação positiva de cumprimento desse dever de ação. Nessa medida, a primeira componente do critério externo da necessidade está sempre preenchida, devido à sua indissociabilidade de um fator estrutural próprio dos direitos a prestações: estes são sempre cumpridos com maior intensidade através de uma qualquer ação positiva do que através de uma omissão³⁰¹⁸.

A segunda componente do critério externo, incidente sobre a questão de saber se a alternativa de comportamento - a prática de um ato positivo de cumprimento do dever de prestação - afeta igual ou menos intensamente os direitos e bens colidentes, também não tem um conteúdo viável. Por um lado, se a ação positiva preservar os direitos e bens colidentes tanto quanto a omissão dessa ação positiva (situação de indiferença), isso significa que não há adequação externa. Quando é indiferente, do ponto de vista dos princípios colidentes, que a ação de cumprimento

³⁰¹⁵ *Idem*, p. 200.

³⁰¹⁶ *Idem*.

³⁰¹⁷ *Idem*, p. 201.

³⁰¹⁸ *Idem*, p. 200.

do dever de prestação seja praticada ou omitida, o comportamento omissivo não é adequado do ponto de vista externo. A indiferença da omissão está excluída pela adequação na forma externa. Pode-se fazer um raciocínio semelhante para a situação em que a ação alternativa à omissão só é externamente necessária se afetar menos os direitos e bens colidentes. Daí conclui que quando a omissão de uma medida estatal constitui uma interferência num direito a uma prestação do Estado e esta omissão também é adequada do ponto de vista externo (porque tal omissão permite prosseguir bens e direitos colidentes), a alternativa àquela omissão, forçosamente uma ação, será sempre não necessária do ponto de vista externo. Portanto, o exame da necessidade rola no vazio: por um lado, o exame interno é irrelevante; por outro lado, nunca pode ocorrer a possibilidade de a omissão desse ato alternativo ser não necessária segundo o critério externo³⁰¹⁹.

Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, que acaba por ser a única vertente atuante³⁰²⁰, tem na proibição do defeito uma estrutura equivalente à proporcionalidade em sentido estrito da proibição do excesso: contrapesa-se o peso da omissão da promoção do direito à prestação com o peso dos fundamentos que justificam essa omissão³⁰²¹. O peso da omissão da proteção é tanto mais elevado quanto mais urgente for a proteção de que os particulares carecem e quanto menor for a sua capacidade de autoajuda³⁰²². A intensidade desta afetação do direito à prestação é contrapesada com os direitos e bens (nas constelações triangulares,

³⁰¹⁹ *Idem*, p. 201. A fidelidade ao pensamento do autor aconselha à utilização dessa fórmula, não obstante a sua complexidade. Mas poderia também dizer-se que a omissão do ato alternativo é *sempre exigida* do ponto de vista do critério externo da necessidade, tendo em conta o critério externo da adequação.

³⁰²⁰ Pelo exposto até aqui, fica evidente que no tratamento da matéria da estrutura da proibição do defeito se registou uma sensível evolução do pensamento do autor. Na primeira edição de *Grundrechte...*, a sustentação da equivalência estrutural das proibições do defeito e do excesso assenta em bases mais evidentes. A adequação implica que o meio adotado seja capaz de realizar o direito à proteção. Se isso não suceder e o meio impedir a realização do princípio colidente (que pode ser outro direito à proteção, um direito de defesa ou outro princípio constitucional), o meio está proibido (*ob. cit.*, p. 120). O meio não é necessário se houver outro que prossiga o fim de proteção em medida igual mas interfira menos no direito colidente (*ob. cit.*, p. 120). A proporcionalidade e.s.e implica a ponderação do peso da omissão do atingimento do fim e do peso das razões que justificam essa omissão (*ob. cit.*, pp. 120-121). Embora na segunda edição permaneçam referências à equivalência estrutural, ela é desmentida pelo desenvolvimento subsequente.

³⁰²¹ **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 201.

³⁰²² *Idem*, p. 202.

frequentemente são direitos de defesa) que falam a favor da negação da proteção³⁰²³. Ora, esta operação poderia concretizar-se de duas maneiras.

A primeira consistiria em prolongar a metódica aplicada nos passos anteriores (adequação e necessidade). Nessa perspectiva, assumir-se-ia uma omissão total do cumprimento do dever/direito de prestação, apurar-se-iam os efeitos dessa omissão em termos de intensidade e importância da afetação do direito à prestação e em termos de intensidade e importância da não afetação dos bens e direitos colidentes. Apurados os pesos e valores a atribuir a cada um deles, o respectivo contrapeso permitiria verificar se aquela omissão era ou não proporcional. Se os argumentos a favor da omissão superassem os argumentos contra a omissão - isto é, a favor de uma ação positiva de cumprimento do direito/dever de proteção -, a omissão não seria desproporcionada e estaria justificada.

Todavia, na concepção de BOROWSKI o exame da proporcionalidade e.s.e. é estruturalmente mais complexo, implicando a sujeição a uma operação de ponderação de *todas* as alternativas à omissão do ato positivo de prestação, de modo a definir quais delas são proporcionais e quais não são. A proibição do defeito deixa de ser um critério de aferição da justificação da omissão do legislador para se transmutar em instrumento de comparação de alternativas de ação e numa componente daquilo que designa de "passagem da obrigação universal *prima facie* de ação para uma obrigação existencial definitiva de ação"³⁰²⁴. Para isso é necessário delimitar essas alternativas. Aparentemente, o momento metodicamente próprio para o fazer é o da aplicação da proporcionalidade e.s.e., nunca antes. A invocação e apreciação de alternativas (de *M1* a *M4*) não foram necessárias para a aplicação dos passos da adequação e da necessidade.

Para melhor demonstração da metódica ponderativa, classifica numericamente os graus de satisfação e de interferência de cada uma das alternativas. Quando a alternativa avaliada provoca uma intensidade de afetação dos bens e direitos colidentes superior ao da intensidade de satisfação dos direitos à prestação (no exemplo usado pelo autor, é o que sucede com *M1*), essa alternativa não é proporcional. Deve ser excluída. Quando a alternativa avaliada provoca uma

³⁰²³ *Idem.*

³⁰²⁴ *Idem*, p. 208.

intensidade de afetação dos bens e direitos colidentes cujo peso é inferior ao da intensidade de satisfação dos direitos à prestação (no exemplo usado, M_2 , M_3 e M_4), a alternativa é proporcional³⁰²⁵.

Em tese, após a sujeição das várias alternativas ao teste da proporcionalidade no sentido de proibição do defeito, podem existir três situações: (i) nenhuma medida preenche as exigências da proibição do defeito; (ii) apenas uma delas as preenche; (iii) várias as preenchem. No primeiro caso, nenhum meio é definitivamente comandado, o direito à prestação é completamente afetado. No segundo caso, o meio que preenche as exigências é definitivamente comandado. São duas situações fáceis. No terceiro, coloca-se a questão de saber se há critérios, e quais, que permitam ou devam circunscrever ainda mais a classe das ações definitivamente comandadas³⁰²⁶.

Uma hipótese possível é renunciar a qualquer critério, podendo o Estado escolher livremente entre os meios alternativos. Contudo, esta hipótese de livre escolha de qualquer uma das alternativas que superam os passos da proibição do defeito não se coaduna com o comando da melhor realização possível (*bestmögliche Realisierung*) do objetivo de otimização ordenado pelos princípios jusfundamentais. Entre as várias alternativas possíveis pode haver uma mais bem situada para a realização desse objetivo, pelo que a livre escolha não é defensável³⁰²⁷. Outra hipótese é o critério da maximização da intensidade de satisfação (*Maximierung der Förderungsintensität*). Este induz a escolha do meio que ofereça maior intensidade de satisfação absoluta entre as várias alternativas disponíveis, bastando, portanto, uma lista ordinal das várias possibilidades, sem necessidade de nova ponderação³⁰²⁸. Uma terceira hipótese é a realização de um segundo nível de ponderação (*Abwägung 2. Stufe*) que compare as relações entre custos e benefícios (isto é, entre grau de interferência e intensidade de satisfação) das várias alternativas. Nestes termos, seria definitivamente ordenada a alternativa que gerasse o mais elevado diferencial entre benefícios e custos³⁰²⁹.

³⁰²⁵ *Idem*, p. 202.

³⁰²⁶ *Idem*, p. 203.

³⁰²⁷ *Idem*, p. 203.

³⁰²⁸ *Idem*, p. 204.

³⁰²⁹ *Idem*, p. 204.

Consideradas as vantagens e desvantagens de cada critério, é preferível o que considera definitivamente ordenada a alternativa proporcional que promova a *mais elevada intensidade de satisfação*. Contudo, este critério tem uma exceção: não se aplica se houver outro meio proporcional que possua intensidade de satisfação analogamente alta (ou quase tão alta) mas interfira em princípios constitucionais colidentes de modo evidentemente inferior³⁰³⁰.

O autor procura demonstrar que a proibição do defeito não é mais um veículo para transformar a constituição num *juristisches Weltenei* (FORSTOFF³⁰³¹) ou para construir um *Jurisdiktionsstaates* supressor do espaço de decisão do legislador democrático³⁰³². A liberdade de conformação do legislador manifesta-se de várias formas: (i) margem na escolha dos meios (*Mittelwahlspielraum*) no contexto dos direitos a prestações, alegadamente sem correspondência na proibição do excesso, constituindo uma particularidade desta função dos direitos; (ii) margem de ponderação (*Abwägungsspielraum*); (iii) significativa margem epistémica empírica (*empirische Erkenntnispielräume*); (iv) e margem epistémica normativa (*normative Erkenntnispielräume*)³⁰³³. Por outro lado, pode a margem de manobra valer em diferentes lugares: na determinação da proporcionalidade e.s.e. no quadro da proibição do defeito; na escolha de um entre os meios que superem as exigências da proibição do defeito.

Em termos gerais, há uma margem de manobra maior do que no caso das típicas proibições de interferências em direitos de defesa, embora seja falso dizer-se que o conteúdo dos direitos a prestações seja estruturalmente (insuficientemente) indeterminado³⁰³⁴.

³⁰³⁰ *Idem*, p. 205.

³⁰³¹ *Lo stato...*, p. 161.

³⁰³² *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 207. Uma das principais críticas de **Störriing** é justamente que a construção de **Borowski** se aproxima das teses da coincidência ou convergência entre proibição do defeito e proibição do excesso designadamente no que se refere à liberdade de conformação do legislador.

³⁰³³ *Idem*, pp. 205-206; sobre estes conceitos, *ob. cit.*, pp. 123 ss.

³⁰³⁴ *Idem*, p. 208.

2.3.1.2. Apreciação crítica

Complexa é a tese de BOROWSKI; sintéticas e orientadas para a ulterior construção de uma alternativa que por elas não seja atingida são seis observações críticas³⁰³⁵.

Primeiro, não é nítida a função da proibição do defeito. Aquela tese estrutura o processo de transição da obrigação universal *prima facie* de ação para a obrigação existencial definitiva de ação (na sua própria expressão): dever de prestação -> omissão -> (in)justificação -> determinação da ação. Verificada a existência de um dever de prestação e a omissão de cumprimento, apura-se se essa omissão é justificada. Não o sendo, determina-se a ação que deve ser adotada. Porém, sendo claro este esquema implícito, não é totalmente nítida a função da proibição do defeito no modo como se desenrola. Aparentemente, cumpre uma função ao nível da justificação da omissão, mas também ao nível da seleção da ação que cumpre o dever de prestação. Contudo, também aparentemente, parte desta operação de seleção não é mediada pela proibição do defeito: a seleção da ação especificamente comandada ou da classe de ações de onde deve ser escolhida ou a indicação de que nenhum comando de ação existe³⁰³⁶ é realizada *depois* da aplicação do crivo da proibição do defeito. Sucede, porém, que tal passo de seleção é estruturalmente semelhante à aferição da necessidade, uma vez que são *comparadas* várias alternativas para definir se alguma pode ser considerada *necessária* para o cumprimento do dever de prestação³⁰³⁷. Por outro lado, pode comportar momentos ponderativos equivalentes aos da proporcionalidade e.s.e. A fronteira entre o que entra no domínio da proibição do defeito e o que entra no domínio desta *pós-proibição do defeito*, com a qual se conclui o processo de determinação da ação

³⁰³⁵ Não cuidaremos aqui de questões laterais em relação à dogmática da proibição do defeito, como a questão de saber se os deveres de prestação (na terminologia do autor) são sempre correlativos a direitos a prestações. Este debate seria elucidativo, inclusive, sobre se o exemplo utilizado, referente *ao direito a prestações* de que o nascituro seria titular, é bem escolhido.

³⁰³⁶ Sobre estas três hipóteses, **Borowski, Grundrechte...**, 2.^a ed., pp. 207-208.

³⁰³⁷ A afirmação (**Grundrechte...**, 2.^a ed., pp. 204, 207) de que entre as várias alternativas *deve* ser adotada a que oferecer a maior intensidade de satisfação do dever de prestação (*M₂*, no exemplo do autor) enquadra-se bem na formulação do segmento da necessidade (de acordo com o critério externo de **Borowski**): não é necessária a medida em relação à qual haja uma alternativa que promova mais intensamente o princípio jusfundamental do dever de prestação e interfira menos ou, no máximo, igualmente nos direitos e bens colidentes.

definitivamente comandada, não é recortada - e fundamentada - de forma inequívoca.

Segundo, não distingue entre omissões totais e parciais. Não sendo essa distinção considerada, a construção é integralmente dirigida às situações em que há uma omissão *total* de cumprimento do dever de ação. Isto pode ser motivado pelo que parece ser uma estratégia doutrinária de desconsideração *do ponto de partida*, isto é, da *situação existente* no momento em que o legislador decide, ou em que o juiz controla³⁰³⁸.

Terceiro, não distingue a proibição do excesso como norma de ação e como norma de controlo. Ora, há aspetos que podem ser corretos na perspetiva do legislador e não na perspetiva do controlo. Além de dificuldades dogmático-analíticas, esta indistinção suscita problemas ao nível da separação de competências entre legislador democrático e juiz constitucional, não permitindo uma clara demarcação entre aquilo que ao legislador incumbe exclusivamente, no exercício da sua margem de conformação no âmbito dos chamados deveres de prestação e o que o juiz constitucional pode fazer no contexto da sua atividade de *controlo* (distinta da escolha ou decisão política). Estabelece-se o objetivo da "melhor realização possível" da otimização (*bestmögliche Realisierung ihres Optimierungsgegenstandes*) do conteúdo do dever de proteção jusfundamental³⁰³⁹, com a decorrência da adoção da solução melhor possível (*bestmögliche*). Esta supõe a melhor relação possível entre custos e benefícios. Tal enquadramento coaduna-se com o patamar de exigência a que o legislador está sujeito, mas pode não se coadunar com o alcance do poder de escrutínio do juiz constitucional³⁰⁴⁰.

Quarto, há aspetos discutíveis no que toca à estrutura e à metódica da proibição do defeito. Salienta-se aqui o mais determinante. Como se viu, o único passo verdadeiramente relevante seria a ponderação inerente à proporcionalidade e.s.e. Nesse passo são identificadas as alternativas elegíveis para cumprimento do dever, isto é, aquelas que superam o crivo da proibição do defeito (em rigor, o crivo da proporcionalidade e.s.e.). Isto pressupõe a delimitação de um universo preliminar

³⁰³⁸ Sublinhando este ponto, Störring, *Das Untermaßverbot...*, p. 190.

³⁰³⁹ Störring, *Das Untermaßverbot...*, p. 189.

³⁰⁴⁰ Até porque há situações em que a proibição do defeito, no modelo de Borowski, aponta para uma determinada e definitiva ação específica, que deve ser obrigatoriamente adotada.

de alternativas de medidas a serem sujeitas ao crivo da proporcionalidade e.s.e. Ora, aquilo que o autor diz sobre o assunto faz alternar entre o receio de uma sobrecarga para o juiz constitucional³⁰⁴¹ e o receio de uma impossibilidade prática³⁰⁴², de falta de solidez do critério e da metódica da identificação preliminar do universo de alternativas ou até de usurpação de funções que cabem ao legislador democrático. Quinto, não distingue entre vários tipos de colisões. Partindo da própria enunciação do autor, os deveres/direitos fundamentais a prestações em sentido amplo distribuem-se por três categorias: direitos a proteção, direitos sociais e direitos a organização e procedimento³⁰⁴³. O cumprimento de deveres dessas categorias pelo legislador colide ou pode colidir com outros deveres ou com a prossecução de outros bens, interesses ou valores. Consoante as situações, assim se alteram as variáveis a ponderar. Por exemplo, no caso dos deveres/direitos de proteção, a colisão típica é com deveres de abstenção, todos reivindicando igual força constitucional. Aí a proibição do defeito visa garantir que os deveres de ação e de abstenção são ambos cumpridos *na medida do possível* e da forma *mais equilibrada* possível. Mas não é forçoso que suceda o mesmo em todas as hipóteses de colisão possíveis.

Sexto, a posição sobre o interface entre a proibição do defeito e a proibição do excesso é, no mínimo, ambígua. BOROWSKI não explica, nomeadamente, porque é que no contexto da *apreciação da proibição do defeito* se conclui que há medidas que têm de ser consideradas desproporcionais por a intensidade de interferência nos bens, interesses ou valores colidentes com o dever de ação ser superior ao peso da satisfação do dever de prestação³⁰⁴⁴. Trata-se de uma manifestação da proibição do defeito ou da proibição do excesso ou de ambas combinadas ou justapostas?

Algumas destas críticas podem também ser endereçadas à doutrina de ALEXY.

³⁰⁴¹ Cremer, *Freiheitsgrundrechte...*, p. 278.

³⁰⁴² Assim, Störzing, *Das Untermaßverbot...*, p. 191: a aplicação prática do conglomerado de comparações proposto por Borowski é impraticável.

³⁰⁴³ *Idem*, p. 209; La *estructura...*, p. 144. Adiante se mencionarão outros deveres de ação do legislador, a acrescer a estes.

³⁰⁴⁴ É o caso de M1, a opção mais drástica de penalização severa de todos os intervenientes em atos de aborto: cfr. *Grundrechte...*, 2.^a ed., pp. 202, 206.

2.3.2. A congruência mitigada de Alexy

2.3.2.1. Exposição

Até há pouco tempo ALEXY não tinha feito refletir no seu trabalho a distinção entre proibição do excesso e proibição do defeito. Tão pouco se havia pronunciado sobre o seu enquadramento ou relação. Alguns dos casos que estudou envolviam interferências estatais em direitos de defesa com vista a cumprir deveres de proteção de direitos de particulares face a interferências de outros particulares, isto é, constelações triangulares (os casos da regulação da publicidade ao tabaco, *Titanic* e outros). Porém, quer nesses casos quer naqueles em que os direitos de defesa são objeto de interferências do Estado com vista à prossecução de fins de interesse público, o autor cingia-se estritamente a uma aplicação pouco mais do que ortodoxa (tendo ele, aliás, contribuído decisivamente para que se consolidasse como ortodoxa) do princípio clássico da proporcionalidade ou proibição do excesso. Nessa linha, a apreciação dos comportamentos do Estado visando a resolução de colisões entre bens, interesses e valores, incluindo as colisões típicas das constelações triangulares, era invariavelmente enquadrada por uma pergunta: a interferência *no direito de defesa* foi ou não proporcional (no sentido de "violou ou não a proibição do excesso")? Nenhuma atenção era dedicada a eventuais especificidades próprias daquelas constelações³⁰⁴⁵, o que pode ser entendido como uma aceitação - não explicitamente assumida - das teorias da congruência, isto é, da ideia de que a proibição do defeito é inerente à proporcionalidade clássica.

³⁰⁴⁵ Alexy, *A Theory...*, p. 310, a par da alusão a um "modelo básico", que não é explicitado, aplica implicitamente um *modelo de congruência* entre a proibição do excesso e a proibição do defeito no caso de conflitos entre direitos/deveres de proteção e outros princípios (designadamente direitos/deveres de defesa). Num cenário é até totalmente suprimida aquela que designa de liberdade de conformação estrutural (*structural discretion*), tal como também decorre do figurino mais extremo das teses da congruência na medida em que recusam o espaço livre ("*Korridor*") entre proibição do excesso e proibição do defeito. Esta linha mantém-se no posfácio publicado com *A Theory...* (em 2002), pp. 388 ss., onde continua a aplicar formalmente o princípio clássico da proporcionalidade - sem distinção entre proibição do excesso e proibição do defeito - a casos de colisão entre direitos à proteção e direitos de defesa, como, por exemplo, a colisão entre os direitos à proteção dos consumidores e ao livre exercício da profissão (*ob. cit.*, p. 402) ou o direito à proteção da personalidade e a liberdade de expressão (*ob. cit.*, p. 403).

A opção de não atribuir relevo ou autonomia à figura da proibição do defeito persistiu até recentemente. Por exemplo, a chamada fórmula do peso³⁰⁴⁶, um dos mais originais (e discutidos) contributos para a dogmática da proporcionalidade, difundida já neste século, visou simplesmente exprimir através de uma equação matemática o raciocínio prático que subjaz à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, no contexto da proporcionalidade clássica.

A caminho do final da primeira década deste século registou-se uma evolução relevante. Em trabalhos sobre a estrutura dos direitos fundamentais de (ou à) proteção³⁰⁴⁷, mas primordialmente incidentes sobre a refração do princípio da proporcionalidade em casos de constelações triangulares, aproxima-se das teses da congruência ("ambas as proibições são elementos da proporcionalidade e não normas independentes"³⁰⁴⁸), embora matizando-a³⁰⁴⁹.

São distinguidas duas aplicações do princípio da proporcionalidade³⁰⁵⁰.

A primeira, tradução direta do modelo *assimétrico* de prevalência ou exclusividade do princípio da proporcionalidade na sua aceção clássica (ou proibição do excesso), aplica-se quando se adota como ponto de partida a perspetiva da salvaguarda do direito de defesa em causa contra uma *interferência protetora* alegadamente excessiva perpetrada através de um ato de autoridade (uma lei, uma decisão judicial ou um ato da Administração) que visa a proteção de outro direito.

O princípio da proporcionalidade, nesta versão que não é mais do que proibição do excesso, além de presidir à apreciação da adequação e da necessidade da interferência no direito negativo ou de defesa (P_i), praticada com vista a atingir o fim da proteção do direito ameaçado por ações de outros particulares (P_j), assiste

³⁰⁴⁶ Entre outros locais, **Alexy**, «Die Gewichtsformel», *cit.* (trad. castelhana, «La fórmula del peso», *cit.*); *idem*, «The Weight Formula», *cit.*

³⁰⁴⁷ «Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz» (de 2007); utilizamos quer a versão em inglês, «On Constitutional Rights...», *cit.*, quer as versões castelhanas, «Sobre los Derechos Constitucionales a Protección», *cit.*, ou «Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección» (de 2011), *cit.*, onde o autor parece ter corrigido algumas sequências que na versão em inglês resultam incoerentes.

³⁰⁴⁸ «Sobre la estructura...», p. 129; «On Constitutional Rights...», p. 11.

³⁰⁴⁹ Cfr. *idem*, nota, concordante com **Hain**, mas rejeitando que a aplicação da proporcionalidade aos direitos à proteção implique que exista sempre unicamente um meio ou medida M_n proporcional.

³⁰⁵⁰ O autor especifica que os direitos de (à) proteção são apenas um dos três tipos que compõem o grupo dos *direitos a ações positivas do Estado*. Os outros dois são o dos direitos a organização e funcionamento e o dos direitos fundamentais sociais. Todos teriam diferenças de estrutura e de conteúdo, não obstante aquele traço comum («Sobre la estructura...», p. 121). O exercício subsequente incide apenas sobre a aplicação da proporcionalidade aos direitos de proteção, não ficando esclarecido se a doutrina expandida é aplicável também aos demais tipos.

na avaliação do peso de P_i em relação a P_j . Apura-se se é justificada a cedência, em concreto, de P_i em relação a P_j ou se o encargo que aquele sofre é desproporcionado/excessivo quando relacionado com a proteção de P_j . O exemplo invocado é o recorrente (nos trabalhos de ALEXY) caso *Titanic*. A estrutura do princípio da proporcionalidade, apesar de estar em causa uma constelação triangular, mantém a sua fisionomia clássica, enriquecida pela fórmula do peso no que se refere à descrição da metódica de aplicação da proporcionalidade e.s.e.

A novidade reside na apresentação de um segundo modelo estrutural da proporcionalidade, aplicável quando se trata da questão "*bastante mais difícil*" de "olhar na direção oposta" à dos parágrafos anteriores e "perguntar se se vulnera o direito de proteção quando a proteção é negada por completo ou é garantida numa medida demasiado escassa"³⁰⁵¹.

Trata-se de um modelo que atende *simetricamente* a duas proibições -"dois aspetos" do princípio da proporcionalidade-, proibição do excesso (*Übermaßverbot*) e proibição do defeito (*Untermaßverbot*)³⁰⁵². Viola-se a proibição de desproporção por excesso quando o princípio da proporcionalidade é ferido por um ato que lesiona um direito de defesa; viola-se a proibição de desproporção por defeito quando o princípio da proporcionalidade é vulnerado por uma omissão da proteção constitucionalmente devida³⁰⁵³. O princípio não se limita a presidir ao exame de uma eventual afetação excessiva do direito de defesa objeto de interferência, também parametriza o exame da proteção conferida para determinar se é a proteção suficiente.

Na investigação é apenas estudada a aplicação da proporcionalidade e.s.e. Não resulta evidente se os segmentos da adequação e da necessidade são aplicáveis e, em caso afirmativo, qual a respetiva estrutura e metódica³⁰⁵⁴.

³⁰⁵¹ «On Constitutional Rights...», p. 10; «Sobre la estructura de los derechos fundamentales...», p. 128; Klatt / Meister, *The Constitutional...*, p. 94.

³⁰⁵² V. «Sobre la estructura...», p. 129; «On Constitutional Rights...», p. 11; no mesmo sentido, Klatt / Meister, *The Constitutional...*, p. 97.

³⁰⁵³ «Sobre la estructura...», pp. 131-132.

³⁰⁵⁴ Todavia, há uma indicação de que Alexy, tal como Borowski, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 200, distingue entre perspetiva interna e externa da necessidade. A necessidade pode ser apreciada partindo-se da análise de que há dois ou mais meios que garantem um índice pelo menos igual de satisfação do fim de proteção de um direito e averiguando-se qual deles interfere menos no direito de defesa colidente. O meio que, entre os que assegurem a mesma intensidade de proteção, for o meio menos interferente é o meio internamente necessário (*necessidade interna*). Diferentemente, a

ALEXY invoca a distinção entre a estrutura *alternativa* dos direitos à proteção e *conjuntiva* dos direitos de defesa e ilustra a conexão entre proporcionalidade e *alternatividade* com uma adaptação do caso do regime jurídico do aborto. Parte da pré-compreensão de que estão em causa a proteção do direito à vida do nascituro e a interferência no direito de defesa da mãe ao desenvolvimento da personalidade. O primeiro é identificado como P_i ; o segundo é identificado como P_j ³⁰⁵⁵.

As diferenças fulcrais em relação à matriz anterior são: (i) o surgimento de uma nova variável, o *grau de proteção* de P_i (no caso, o grau de proteção do direito do nascituro), denotada por U_i ³⁰⁵⁶; (ii) a "metamorfose" de I_i ³⁰⁵⁷, que passa a referir-se à *intensidade de não proteção* de P_i . I_j refere-se à intensidade de interferência no direito de defesa (e, no caso de uma das opções alternativas consideradas, também à intensidade de interferência em P_k , princípio da capacidade financeira). Para apreciar a adequação e a necessidade (dita "otimização paretiana") bastam U_i ou I_i e I_j . Para apreciar a proporcionalidade e.s.e., considera-se I_i e I_j ³⁰⁵⁸.

Para ilustrar as possíveis relações entre I_i , U_i e I_j , ALEXY configura quatro alternativas de normas (M), por ordem decrescente de proteção da posição jurídica do nascituro e também decrescente de afetação do direito de defesa da mãe: proibição estrita de aborto nos primeiros três meses, salvo em casos de perigo de vida da mãe ($M1$);

necessidade pode ser avaliada partindo-se da verificação de que há dois ou mais meios com intensidades de interferência no direito negativo equivalentes e averiguando-se qual deles garante uma maior intensidade de satisfação do fim de proteção. O meio que, entre os que imponham uma interferência semelhante, garantir maior proteção é o meio externamente necessário (*necessidade externa*). Desde o ponto de vista do direito de proteção, no primeiro (interno) começa por se fixar o grau de eficiência dos meios alternativos para prosseguir a proteção de P_i ; no segundo (externo) começa por se determinar a intensidade de interferência em P_j pelos meios alternativos. No primeiro caso há a apreciação de uma relação *interna* entre o direito de proteção e os meios; no segundo a relação apreciada é *exterior* ao direito de proteção: «On Constitutional Rights...», p. 5; «Sobre la estructura...», p. 132; Klatt / Meister, *The Constitutional...*, pp. 100-101. Sem aderirmos à terminologia interna/externa, que parece equívoca, admitimos o interesse da distinção, embora de forma limitada, no contexto da proibição do excesso como norma de controlo (cfr. *infra*).

³⁰⁵⁵ Nesta nova matriz, a perspetiva altera-se. Por isso, P_i passa a denotar o direito de proteção e U_i o grau de proteção conferido a esse direito pelos vários meios alternativos. Correlativamente, P_j denota o direito de defesa objeto de interferência e I_j o grau de interferência por ele sofrido. No modelo clássico a perspetiva é diferente. Nessa medida, na fórmula do peso, a ele adaptada para demonstração matemática da metódica da proporcionalidade e.s.e., a posição passiva em que o direito de defesa se encontra é denotada por P_i e I_i e a posição ativa, do direito de proteção, por P_j e I_j . Diferente, Klatt / Meister, *The Constitutional...*, p. 95.

³⁰⁵⁶ Na versão em língua castelhana; D_i , noutras versões.

³⁰⁵⁷ O fator mais importante para os direitos positivos ou à proteção, segundo Klatt / Meister, *The Constitutional...*, p. 94.

³⁰⁵⁸ *Idem*, p. 133.

proibição débil de aborto nos primeiros três meses, salvo nos casos de perigo de vida e por razões sociais (*M2*); não proibição do aborto nos primeiros três meses, mas obrigação de consulta médica, com possibilidade de ajuda financeira do Estado em caso de o aborto não ser realizado (*M3*); não proibição nos primeiros três meses (*M4*, a qual ainda é uma medida protetiva, na medida em que proíbe o aborto *além* dos três meses). Na perspetiva da intensidade de proteção do direito do nascituro (*Ui*), *M1* protegeria grandemente (*g*), *M2* e *M3* moderadamente (*m*) e *M4* apenas levemente (*l*). Na perspetiva da interferência no direito da mãe à personalidade (*Ij*), *M1* interferiria grandemente (*g*), *M2* e *M3* moderadamente (*m*) e *M4* apenas levemente (*l*).

Fulcral é, agora, *li*, isto é, a *intensidade de desproteção* ou de *não proteção* de *Pi* ³⁰⁵⁹. Elemento vetorial da definição de *li*, pivô da operação de ponderação, é a *regra de negação em cadeia* (*rule of chain negation*), também original ³⁰⁶⁰. A *intensidade de desproteção* imputada a cada uma das alternativas *Mn* é medida através da intensidade de desproteção de *Pi* resultante de o legislador não adotar *Mn* ($\neg Mn$), adotando antes o meio com o grau de proteção de *Pi* mais baixo a seguir a *Mn* (adota-se *Mn+1* e não *Mn*) ³⁰⁶¹.

Vejamos como isso se reflete nas quatro alternativas de lei sobre o aborto tipificadas pelo autor.

Adoção de *M1* (não proibição de aborto só quando houver perigo de vida da mãe), em vez de qualquer *Mn* mais restritiva do aborto, implica uma intensidade de não proteção (*li*) *leve* e uma intensidade de proteção (*Ui*) *grande* de *Pi* (o direito do nascituro), bem como uma intensidade de interferência (*Ij*) *grande* em *Pj* (direito da mãe).

A adoção de *M2* (proibição de aborto também por motivos de ordem social e não só quando houver perigo de vida da mãe), em vez de *M1*, implica uma intensidade de

³⁰⁵⁹ Ou intensidade de interferência em *Pi* resultante da sua não proteção, Klatt / Meister, *The Constitutional...*, p. 97.

³⁰⁶⁰ «Sobre la estructura de los derechos fundamentales...», p. 129; «On Constitutional...», p. 11; Klatt / Meister, *The Constitutional...*, p. 97.

³⁰⁶¹ «Sobre la estructura de los derechos fundamentales...», p. 129; «On Constitutional Rights...», p. 11; Klatt / Meister, *The Constitutional...*, pp. 94-95, propõem a seguinte definição de *Ij* (na versão de Alexy, *li*): “intensidade das consequências adversas para o direito positivo *Pj* (na versão de Alexy, *Pj*) que ocorreriam hipoteticamente se a autoridade, em consonância com o direito negativo, não interferisse em *Pi* (na versão de Alexy, *P*), isto é, se uma medida específica de proteção *M* não fosse tomada”.

não proteção (*Ii*) *leve* e uma intensidade de proteção (*Ui*) *moderada* de *Pi*, bem como uma intensidade de interferência (*Ij*) *moderada* em *Pj*.

A adoção de *M3* (não proibição do aborto nos primeiros três meses, com dever de aconselhamento e possibilidade de ajuda financeira do Estado caso o aborto não seja efetuado), em vez de *M2*, implica uma intensidade de não proteção (*Ii*) *moderada* e uma intensidade de proteção (*Ui*) *moderada* de *Pi*, bem como uma intensidade de interferência (*Ij*) *moderada* em *Pj* (apenas moderada porque é também considerado o fator financeiro *Pk*, que onera *M3*; se não fosse considerado *Pk*, a intensidade de interferência a considerar do lado do direito de defesa seria *leve*).

A adoção de *M4* (não proibição do aborto nos primeiros três meses), em vez de *M3*, implica uma intensidade de não proteção (*Ii*) *grande* e uma intensidade de proteção (*Ui*) *leve* de *Pi*, bem como uma intensidade de interferência (*Ij*) *leve* em *Pj*.

ALEXY conclui que *M1* e *M4* são desproporcionados³⁰⁶². *M1* é desproporcionado, por violação da *proibição do excesso* (mas não da proibição do defeito), um dos aspetos do princípio da proporcionalidade. A desproporção entre a *grande* intensidade de interferência no direito negativo *Pj* (*Ij*) e a concomitante *leve* intensidade de não proteção (*Ii*) do direito positivo *Pi* que decorreria da adoção de *M1* implica que este seja excessivo.

M4 é desproporcionado por violação da *proibição do defeito* (mas não da proibição do excesso), outro aspeto do princípio da proporcionalidade. A desproporção entre a *leve* intensidade de interferência no direito negativo *Pj* (*Ij*) e a concomitante *grande* intensidade de não proteção do direito positivo (*Ii*) que decorreria da adoção de *M4* implica que este seja insuficiente.

2.3.2.2. Apreciação crítica

O raciocínio de ALEXY e a sua *rule of chain negation* são difíceis de acompanhar, parecendo ter alguns vícios lógicos que não podemos aprofundar. O autor não insistiu muito nela e não parece ter tido sequelas doutrinárias entusiásticas.

Através de uma descrição e reconstrução do processo ponderativo, reduzindo-o a um modelo formal, a matriz procura demonstrar a racionalidade e a objetividade da conclusão judicial, mostrando que ela atinge adequadamente o equilíbrio entre a proibição de intervir excessivamente num direito de defesa e o dever de satisfazer suficientemente um direito de proteção. Todavia, o modelo, na medida em que é estritamente lógico-formal, não é suficiente para provar a racionalidade da decisão. Para isso faltaria ainda demonstrar a racionalidade de toda a argumentação intermédia que gera os dados parciais que constituem as variáveis do modelo (*justificação externa*). Por exemplo, porque é que a opção pela não proibição do aborto, embora com dever de aconselhamento, consumada através de M_3 , é uma afetação moderada (m) do direito à proteção do nascituro e não uma afetação grande (g) ou leve (l)?

Mas além da intenção *descritiva* ou *reconstrutiva* do processo de ponderação, o modelo acaba por descair para um intuito também *normativo*: há uma pretensão de que ele estruture processos ponderativos futuros. Essa pretensão esbarra com vários obstáculos.

A começar, um obstáculo puramente dogmático: a somar a muitas das questões de *estranheza* ou *défice de aderência* constitucional que a fórmula do peso já suscitava, sobre as variáveis que a compõem, a adesão a um modelo triádico³⁰⁶³ ou o modo de chegar à gradação da intensidade de satisfação ou de interferência como l , m ou g (a grande aporia), juntam-se *novos contributos teóricos* cuja alta abstração ou inexistente ancoragem na argumentação prática comum, constitucional ou outra, comprometem a universalidade do modelo. Um exemplo é a regra da negação em cadeia.

Por outro lado, uma das críticas que a construção de BOROWSKI suscita vale também para o modelo de ALEXY. A indistinção entre a proibição do defeito como norma de ação e norma de controlo implica o desaproveitamento de um instrumento analítico crucial para a teoria da proibição do defeito. Destacaremos três aspetos em que esse défice se traduz em menor nitidez discursiva.

Primeiro, o autor advoga que às constelações triangulares vistas por um determinado ângulo se aplica o modelo clássico de proporcionalidade; se vistas por

³⁰⁶³ Cujas limitações o próprio **Alexy**, reconhece: cfr. «On Constitutional...», *cit.*, p. 14; v., também, **Klatt / Meister**, *The Constitutional...*, p. 96.

outro ângulo (olhando para "a direção oposta"), aplica-se a proporcionalidade com os seus "dois aspetos" (que designaremos aqui por proporcionalidade *bipolar*).

Ora, esta diferença de "perspetivas" só é pensável no contexto de controlo pelo juiz constitucional e não no contexto da ação do legislador. Embora o autor não avance praticamente nada na elucidação dos critérios de definição da perspetiva que deve prevalecer, o critério não pode deixar de ser estritamente processual. O "ponto de vista" ou a "perspetiva" é a definida pelo autor da iniciativa do processo de exame judicial: se essa perspetiva for a garantia de uma posição jurídica subjetiva de defesa contra a interferência do Estado, mesmo que esta vise o cumprimento de deveres de proteção, aplica-se a proporcionalidade clássica (que designámos por assimétrica, para se distinguir da nova versão apresentada pelo autor); se a perspetiva for a da proteção de um direito contra interferências de terceiros (ou, mais latamente, contra constrangimentos ao exercício dos seus direitos), aplica-se a proporcionalidade bipolar. Este critério não é obviamente aplicável no contexto da atividade do legislador.

Deve convir-se, porém, que, mesmo numa perspetiva de norma de controlo, fazer depender de uma mera contingência processual a aplicação de dois parâmetros de controlo distintos é teoricamente insatisfatório. Afigura-se que, estando em causa a colisão de dois deveres constitucionais do legislador, o controlo do seu cumprimento deve estar invariavelmente sujeito ao mesmo parâmetro, independentemente da perspetiva, do ponto de vista ou do interesse do autor da iniciativa.

Em segundo lugar e em contrapartida, ao invés do que sucede com a possibilidade de diferenciar perspetivas, o exemplo usado por ALEXY e a metódica de seleção/exclusão por ele empregue só é configurável no contexto da proibição do defeito como norma de ação dirigida ao legislador. O exemplo configura um exercício de *escolha* ou *delimitação* dos meios alternativos que são válidos à luz da proporcionalidade bipolar e dos que não o são. Embora isso não seja claro no discurso do autor, esta é uma competência própria do legislador e não do juiz constitucional. Este não *escolhe* entre meios alternativos, pronuncia-se sim sobre a situação normativa existente (que pode ser de omissão total) tendo em conta a eventual existência de alternativas a essa situação. A escolha entre vários meios

alternativos é tarefa assistida pela proibição do defeito como norma de ação dirigida ao legislador.

De acordo com o autor, o legislador disporia de liberdade de escolha entre dois meios, *M2* e *M3*. Isso confirma que a aplicação da proporcionalidade não elimina a margem de conformação estrutural. Todavia, o empate entre *M2* e *M3* ocorre porque *M3* envolve o dispêndio de meios financeiros. A determinação da intensidade de intervenção de *M3* implica a ponderação da intensidade de intervenção no princípio da capacidade financeira (*Pk*) e no direito de defesa (*Pj*). Ora, *M2* pode também ser considerado desproporcionado quando, permanecendo igual a intensidade moderada de proteção de *Pi* através de *M2* e *M3*, o princípio da capacidade financeira (*Pk*) é desconsiderado na definição da intensidade de interferência de *M3*. Pondera-se, portanto, apenas a interferência no direito de defesa (*Pj*). Com isso, a interferência causada por *M3* torna-se menor (já não é relevante a interferência em *Pk*, que o onerava) porque implica uma interferência leve em *Pj*.

Poderia ver-se aqui um indicador de que a aplicação desta tese tende a desembocar num resultado único³⁰⁶⁴. Ora, um resultado único é discutível (e, em princípio, não aceitável) como expressão de uma norma de ação endereçada ao legislador. Por maioria de razão, é-o também quando está em causa um parâmetro do controlo realizado pelo juiz constitucional. A aceitação de que a proibição do defeito como norma de controlo permite que o juiz constitucional imponha um resultado único é uma fragilidade de uma teoria que tem a pretensão de ser simultaneamente descritiva e normativa. A propensão para um resultado *único* judicialmente sindicável e imponível num contexto em que a constituição não aponta no sentido de uma solução específica, não é plausível nem conforme com a liberdade de conformação do legislador democrático e só alimenta as críticas de sobredeterminação ou de sobreconstitucionalização e os receios de passagem do Estado legislativo parlamentar para um Estado constitucional de adjudicação (BÖCKENFÖRDE³⁰⁶⁵).

³⁰⁶⁴ Embora **Alexy** insista num traço nuclear do seu pensamento: a dogmática da margem de livre conformação do legislador, seja ela a margem de livre conformação estrutural (*strukturelle Spielraum*) ou a margem de livre conformação epistémica (*Erkenntnispielraum*), cada uma nas suas várias dimensões. V. **Alexy**, «Verfassungsrecht und einfaches Recht...», pp. 16 ss.; **A Theory...**, pp. 394 ss., 414 ss.; **Klatt / Meister**, *The Constitutional...*, pp. 105 ss.

³⁰⁶⁵ **Böckenförde**, «Grundrechte als Grundsatznormen», p. 190; **Alexy**, «La estructura...», pp. 121-122.

Crucial é a terceira observação. Para demonstração do exercício de escolha do legislador, cruzam-se operações de ponderação, próprias da proporcionalidade e.s.e., e exercícios de comparação, próprios da necessidade. Os resultados da aplicação da regra da negação em cadeia a *M1* podem ser traduzidos, em última análise, da seguinte forma: a exclusão de *M1* é exigida porque, *comparando-o* com *M2*, este é significativamente menos interferente em *Pj* (o direito de defesa), representando um ganho de liberdade em relação a *M1*³⁰⁶⁶ e sendo apenas levemente menos eficiente na prossecução do fim de proteção de *Pi* (o direito à proteção). O saldo é favorável a *M2*: a comparação entre o ganho de liberdade e a perda de proteção causado pela hipotética adoção de *M2*, com a perda de liberdade e o ganho de proteção inerente a *M1* é favorável a *M2*. *M1* é desproporcionado (excessivo).

Porém, a primeira nota é que se esta configuração estivesse correta não parece que se tratasse de um exercício de argumentação prática desenvolvido simplesmente no quadro da proporcionalidade e.s.e. A operação metódica exemplificada não consistiria somente numa ponderação dos efeitos (neste caso, de interferência no direito à proteção e no direito de defesa) produzidos por *um meio* solitário previamente isolado³⁰⁶⁷, como é típico da proporcionalidade e.s.e. Nela existiria também *comparação entre* vários meios alternativos disponíveis, traço essencial do segmento da necessidade³⁰⁶⁸. Este segmento visa a *comparação* de meios alternativos ou, mais especificamente, a *comparação* da importância dos efeitos de interferência ou de satisfação dos fins de meios alternativos. A operação demonstrada pelo autor, mais do que simples ponderação, seria *ponderação comparativa* ou *comparação de resultados de ponderações*.

³⁰⁶⁶ **Alexy** discute e admite a possibilidade (mas exclui a necessidade) de uma linha que indique o grau de realização do direito negativo *Pj*, isto é, o grau de liberdade para se fazer ou não fazer algo, ou o grau de liberdade em relação a uma hipotética interferência, assegurado por cada uma das medidas alternativas: «*On Constitutional Rights...*», pp. 13-15; **Klatt / Meister**, *The Constitutional...*, p. 99.

³⁰⁶⁷ **Michael**, «Grundfälle...», p. 657; **Pirker**, *Proportionality...*, p. 131.

³⁰⁶⁸ O próprio autor fornece argumentos que favorecem esta perspectiva divergente. Assim, se *Pk* deixar de constar do exercício de ponderação - com isso perdendo relevância *apenas um* dos objetos dessa ponderação -, a exclusão de *M2* já resulta de um juízo de não necessidade («*La estructura...*», p. 132; «*On Constitutional...*», p. 14). Por outras palavras, o que para o autor leva a considerar-se desproporcionado *M2* já não é uma ponderação típica da proporcionalidade e.s.e., mas sim a comparação entre intensidades de interferência no direito de defesa, que é maior com *M2* do que com *M3*. Se a interferência é maior, permanecendo igual a intensidade de realização da proteção, o segmento da *necessidade* determina a exclusão de *M2*.

Tão relevante quanto esta precisão conceptual é a crítica à própria metódica que lhe subjaz. Na verdade, como demonstraremos no momento próprio, no caso de constelações triangulares (e até, mais latamente, no caso de colisão de deveres constitucionais), a metódica que se desenvolve no processo de delimitação dos meios alternativos que não contrariam a proibição do defeito é diferente da defendida por ALEXY. Em termos simplificados, são sucessivamente contrapesadas a intensidade de interferência num direito de defesa e a intensidade de interferência ou de não satisfação do direito à proteção³⁰⁶⁹ provocadas por cada meio alternativo. Quando a primeira é superior à segunda ou a segunda é superior à primeira, o meio é desproporcional por violação da proibição do defeito. Quando existe *equilíbrio* (ou "*empate*") entre as duas intensidades de interferência, o meio pode ser adotado, no contexto da liberdade estrutural de conformação de que o legislador goza. A exclusão de *M1* e de *M4* não requer nenhum exercício de comparação com *M2* e *M3*. *M1* e *M4* são excluídos porque as intensidades de interferência nos deveres (de ação ou de abstenção) colidentes são desniveladas e não por serem *piores* alternativas do que *M2* e *M3*.

2.3.3. Estado atual: maturidade dogmática, ausência de consenso

Os trabalhos doutrinários sobre a proibição do defeito sucedem-se, as divergências sobre aspetos essenciais cavam-se. Uma recensão dos principais trabalhos de fundo da última década é elucidativa.

De seguida sintetizaremos quatro dos contributos mais recentes, que cobrem quase totalmente o espectro de posições doutrinárias concebíveis: desde a abordagem própria da teoria dos princípios (CLÉRICO), até à da posição inspirada no quadro discursivo de SCHLINCK (MATTHIAS MAYER), passando pela tentativa de encontrar um ponto de equilíbrio entre essas duas estratégias (STÖRRING) ou por uma proposta *out of the box* (TZEMOS).

De um ponto de vista mais *micro*, o espectro vai de extremo a extremo: de posições que rejeitam a diferença entre normas de controlo e normas de ação (TZEMOS), até

³⁰⁶⁹ Ou, equivalentemente, a intensidade de satisfação dos direitos de defesa e de proteção colidentes.

posições de inaplicabilidade da proibição do defeito como norma de controlo (MATTHIAS MAYER), ou de aplicabilidade da proibição do defeito apenas como norma de controlo (STÖRRING); de posições próximas das teses da congruência entre proibição do excesso e proibição do defeito (CLÉRICO, MATTHIAS MAYER), até posições que rejeitam a tese da congruência (TZEMOS, STÖRRING); de posições que traçam para a proibição do defeito objetivos de otimização (CLÉRICO), até posições que visam simplesmente a garantia de um *standard* mínimo de cumprimento (STÖRRING) ou são ambivalentes (TZEMOS); de posições que acentuam os momentos de ponderação (MATTHIAS MAYER, CLÉRICO, STÖRRING), até posições que os minorizam ou rejeitam (TZEMOS); de posições que estruturam a proibição do defeito em três pilares simétricos aos da proibição do excesso (CLÉRICO, MATTHIAS MAYER), a posições que reconhecem a importância de apenas um (STÖRRING) ou praticamente prescindem deles (TZEMOS).

A sensação de fragmentação só se acentua se considerarmos outros trabalhos relevantes como os de PULIDO (2003)³⁰⁷⁰, MERTEN (2005)³⁰⁷¹, RASSOW (2005)³⁰⁷², KLEIN (2006)³⁰⁷³, LEE (2007)³⁰⁷⁴, CALLIESS (por último, 2007)³⁰⁷⁵.

2.3.3.1. Clérico

LAURA CLÉRICO³⁰⁷⁶ apresenta uma visão do princípio da proibição do defeito como *instrumento de controlo* - que designa de "proibição por ação insuficiente por omissão ou defeito" - baseada na teoria dos princípios. É aplicável sempre que o Tribunal Constitucional examine a "proporcionalidade em sentido amplo de um

³⁰⁷⁰ *El principio de proporcionalidad...*, p. 806.

³⁰⁷¹ «Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot», *cit.*

³⁰⁷² «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», *cit.*; *idem*, *Staatliche Schutzpflichten für geistiges Eigentum*.

³⁰⁷³ «Das Untermaßverbot...», *cit.*

³⁰⁷⁴ «Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot?», *cit.*

³⁰⁷⁵ *Rechtsstaat und Umweltstaat...*, *cit.*; *idem*, «Die grundrechtliche Schutzpflicht...», *cit.*; *idem* «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», *cit.*

³⁰⁷⁶ Inicialmente em tese académica publicada em 2001 (*Die Struktur der Verhältnismässigkeit...*, *cit.*) e 2009 (*El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, *cit.*). Depois em outros escritos: «Verhältnismässigkeitsgebot und Untermaßverbot», *cit.*; «Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese...», *cit.*; «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», *cit.*

direito fundamental na sua função de direito a prestação, seja como direito de proteção, direito social ou direito a organização e funcionamento"³⁰⁷⁷.

A sua análise é essencialmente estrutural. Nessa linha, procura demonstrar a aplicação das três regras da proporcionalidade em sentido amplo - idoneidade, necessidade ou meio alternativo mais idóneo e proporcionalidade em sentido estrito -, à proibição do defeito e à proibição do excesso³⁰⁷⁸.

Distingue duas situações em que há inadequação: (i) quando as medidas atacadas sejam inidóneas ou defeituosas para alcançar o fim de proteção obrigatório, ou quando fiquem muito aquém do obrigatório; (ii) quando o poder estatal fique totalmente inativo. Em qualquer dos casos aprecia-se uma relação meio-fim³⁰⁷⁹. Contudo, há diferenças em relação à proibição do excesso: na proibição do defeito o fim é imposto ao legislador e o meio pode não estar determinado³⁰⁸⁰. Por outro lado, há uma *dupla* exigência de idoneidade na proibição do defeito, uma vez que o exame da idoneidade se aplica em relação a pelo menos dois fins que, se não coincidirem, são independentes: o fim estatal expresso ou implícito e o fim relacionado com a realização do direito fundamental à prestação³⁰⁸¹. Todavia, a estrutura básica da regra da idoneidade é a desenvolvida no quadro da proibição do excesso³⁰⁸².

O segundo passo é o exame do meio alternativo mais idóneo. O meio atacado é insuficiente ou defeituoso se a insuficiência ou defeito pudessem ter sido evitados através da implementação de um meio alternativo mais idóneo. Trata-se, portanto, de examinar se há um meio alternativo que fomente o direito à prestação em maior medida que o meio atacado, mantendo embora um grau de lesividade dos direitos

³⁰⁷⁷ «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 171. Trata-se, porém, do exame da proporcionalidade em sentido amplo do *comportamento* do Estado e não do direito fundamental em si.

³⁰⁷⁸ *Idem*, pp. 172 ss. Na linha de **Alexy**, a autora entende que as componentes da proporcionalidade têm estrutura de regras.

³⁰⁷⁹ «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», pp. 175 ss. No mesmo sentido, por exemplo, **Merten**, «Grundrechtliche...», p. 242; **Merten**, «Verhältnismässigkeitsgrundsatz», n.º marginal 87. Como vimos, esta tese contraria a posição de **Dietlein**.

³⁰⁸⁰ «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», pp. 177 ss.

³⁰⁸¹ *Idem*, p. 178.

³⁰⁸² *Idem*, p. 181.

conflitantes idêntico ou menor³⁰⁸³. Há uma diferença relevante entre o teste da necessidade da proibição do excesso e o teste do meio alternativo mais idóneo da proibição do defeito, residente no seu primeiro passo: o teste da necessidade impõe a comprovação da *igual* idoneidade; o teste do meio alternativo mais idóneo examina se há um meio alternativo *mais* idóneo³⁰⁸⁴.

Quanto ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, pergunta-se, tal como na proibição do excesso, pela relação entre a intensidade da restrição ao direito à prestação e os argumentos que falam a favor do peso e importância do direito ou bem coletivo colidente³⁰⁸⁵. Não há diferenças substanciais entre o teste da proibição do excesso e o teste da proibição do defeito.

Sobre a intensidade do controlo dos vários segmentos da proibição do defeito, notando que a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão se orienta por um critério de evidência³⁰⁸⁶, assume uma posição crítica em relação a isso, defendendo que deveria ser considerada a intensidade da restrição do direito, justificando-se por vezes um controlo intermédio (de plausibilidade) ou mais intensivo³⁰⁸⁷.

2.3.3.2. Tzemos

O desenvolvimento de TZEMOS é o que mais se afasta das linhas argumentativas mais difundidas. O autor identifica quatro concepções concorrenciais com relevo para a resolução de colisões de direitos: (ii) o princípio da proporcionalidade clássico; (ii) a versão maximalista do princípio da proporcionalidade, alargada através da teoria da congruência; (iii) a distinção entre a clássica proibição do excesso e a proibição do defeito, com a concomitante tese do *Korridor*; (iv) a sua tese da proibição jus-fundamental do defeito em sentido lato³⁰⁸⁸.

³⁰⁸³ *Idem*, p. 188.

³⁰⁸⁴ *Idem*.

³⁰⁸⁵ *Idem*, p. 199.

³⁰⁸⁶ *Idem*, pp. 182 ss., 190 ss. Esta indicação não é unânime entre os autores.

³⁰⁸⁷ *Idem*, pp. 184, 191, 202.

³⁰⁸⁸ **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 84 ss.

O clássico princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade e a proibição jusfundamental do defeito são, portanto, instrumentos diferentes, dependendo as suas relações dos específicos contornos atribuídos a cada uma delas³⁰⁸⁹. A questão essencial não é se as duas proibições coincidem, mas sim quais os exatos contornos de cada uma delas, disso dependendo a resposta³⁰⁹⁰.

A construção assenta em algumas asserções básicas: (i) a distinção entre normas de ação e normas de controlo não é sustentável³⁰⁹¹; (ii) os direitos fundamentais nem são princípios que se materializam através da realização ou otimização das possibilidades fáticas³⁰⁹², nem são pretensões a proteção mínima coberta pela garantia do conteúdo essencial ou pela garantia da dignidade humana; (iii) a violação da garantia do conteúdo essencial de um direito significa sempre uma violação da proibição jusfundamental do defeito; (iv) para a solução de uma colisão de direitos, os limites constitucionalmente estabelecidos dos direitos colidentes jogam um papel decisivo; (v) a proibição do defeito não é concretizável através de uma estrutura tripartida semelhante ao exame da proporcionalidade, uma vez que a necessidade e a proporcionalidade e.s.e. não são compatíveis por motivos dogmáticos e a adequação na prática nada adianta³⁰⁹³.

Entre os traços de maior originalidade contam-se (i) o alargamento do sentido garantístico da proibição do defeito à função de defesa dos direitos e (ii) a configuração das duas modalidades de proibição do defeito apresentadas.

O autor propõe uma conceção lata da proibição jusfundamental do defeito. O respetivo âmbito de aplicação cobre todas as funções dos direitos fundamentais: de defesa, de proteção e de prestação³⁰⁹⁴. O exame da proibição do defeito é executado independentemente de a norma de direito fundamental se aplicar num caso como garantia institucional, garantia de procedimento, obrigação de prestação,

³⁰⁸⁹ *Idem*, p. 195, *passim*.

³⁰⁹⁰ *Idem*, p. 82, *passim*. Todavia, a tese da congruência não pode ser rejeitada ou aceite no seu todo. A coincidência ou a diferença entre as duas proibições depende de como forem compreendidas e concretizadas (*ob. cit.*, p. 83).

³⁰⁹¹ *Idem*, p. 194.

³⁰⁹² *Idem*, p. 179: os direitos fundamentais, em todas as suas funções, não são princípios, mas sim regras.

³⁰⁹³ *Idem*, p. 132.

³⁰⁹⁴ *Idem*, pp. 159 ss.

obrigação de promoção, obrigação de proteção ou obrigação de não interferência. Não se trata, portanto, de uma simples decorrência dos deveres fundamentais de proteção³⁰⁹⁵. Registe-se, designadamente, a proposta inovatória de aplicação da proibição do defeito também a situações de omissão ou de cumprimento imperfeito do *dever de não interferência* em direitos de defesa³⁰⁹⁶, onde a doutrina dominante apenas vê a aplicação da proibição do excesso.

Também com alguma inovação, distingue entre proibição jusfundamental do defeito em sentido estrito e em sentido amplo³⁰⁹⁷.

A proibição jus-fundamental do defeito em *sentido estrito* descreve-se como uma proibição de promoção defeituosa ou insuficiente de um dever fundamental de ação ou de um dever de não intervenção. Em causa está a eventual violação ou perturbação de *um único direito* fundamental. Um agir ou omitir estatal infringe a proibição jus-fundamental do defeito em sentido estrito quando, em primeiro lugar, o conteúdo essencial de um direito fundamental for violado num caso concreto e, em segundo lugar, o âmbito de proteção do direito relevante for no caso concreto objeto de uma interferência injustificada. Saber se a interferência é justificada é decidido com base nos limites de cada direito em particular³⁰⁹⁸. Quando está em causa a fiscalização da realização de um dever fundamental de ação, após o apuramento de que a medida em exame viola a proibição jus-fundamental do defeito é adicionalmente examinado se existe outra medida estatal cuja adoção possa corresponder ao dever de fundamental de ação sem violação da proibição do defeito³⁰⁹⁹.

A proibição jusfundamental do defeito em *sentido amplo* consiste na proibição de uma ação defeituosa numa situação de *colisão de direitos fundamentais*³¹⁰⁰. Quando no caso concreto forem relevantes várias normas jusfundamentais, a proibição jusfundamental do defeito em sentido estrito não é decisiva na resolução final do caso. Nestes casos há que efetuar a fiscalização da proibição jusfundamental

³⁰⁹⁵ *Idem*, pp. 196-197.

³⁰⁹⁶ *Idem*, pp. 34, 162 ss., especialmente 165.

³⁰⁹⁷ *Idem*, p. 45, *passim*.

³⁰⁹⁸ *Idem*, pp. 54, 197.

³⁰⁹⁹ *Idem*, p. 197.

³¹⁰⁰ *Idem*, p. 45, *passim*.

do defeito em sentido amplo. Esta consiste numa fiscalização multipolar da constitucionalidade, examinando-se situações de proteção através da interferência, isto é, medidas de proteção estatal na perspectiva tanto do dever de proteção como do direito de defesa³¹⁰¹. Como as normas de direitos não são princípios, mas sim regras, não se realizam operações de ponderação típicas da proporcionalidade clássica, mas sim duas ou mais operações de subsunção de todas as regras relevantes, incluindo os limites próprios de cada direito³¹⁰². A proibição do defeito em sentido amplo é uma soma de proibições jusfundamentais do defeito em sentido estrito. A proibição do defeito em sentido amplo concretiza as exigências da concordância prática e do melhor compromisso possível³¹⁰³.

2.3.3.3. Matthias Mayer

A construção do autor, claramente inspirada nas linhas fundamentais do pensamento de SCHLINK, centra-se nas constelações triangulares. Um dos pressupostos teóricos da sua construção é a adesão à diferenciação entre normas de ação e normas de controlo como modo de tradução e materialização das diferenças funcionais entre legislador e juiz constitucional. Essas diferenças podem implicar que entre a norma de ação e a norma de controlo haja uma discrepância: o parâmetro do controlo jurisdicional das ações do legislador pode ficar aquém do parâmetro constitucional que enquadra os atos do legislador. Isto é, o legislador pode estar obrigado pela constituição a mais do que aquilo que pode ser controlado pelo juiz constitucional³¹⁰⁴.

Proibição do excesso e proibição do defeito são duas componentes da proporcionalidade: a primeira, associada à perspectiva da função de defesa; a segunda, à perspectiva da função de proteção dos direitos fundamentais. Estas duas funções são simétricas. Nas constelações triangulares o legislador não as pode

³¹⁰¹ *Idem*, p. 198.

³¹⁰² *Idem*, p. 179.

³¹⁰³ *Idem*, p. 178.

³¹⁰⁴ Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß...*, p. 157.

considerar isoladamente, deve encará-las como um todo. Isso implica a aplicação articulada das duas componentes da proporcionalidade³¹⁰⁵.

Nos casos em que conflituem, daí decorrendo deveres colidentes do legislador e pretensões subjetivas colidentes dos particulares, as pretensões de defesa e as pretensões de proteção têm peso e significado equivalentes. As teses da assimetria favorável às posições subjetivas decorrentes dos direitos de defesa são recusadas³¹⁰⁶.

Como norma de ação, o princípio da proporcionalidade decorre da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, em todas as suas funções, isto é, quer na função de defesa, quer na função de proteção³¹⁰⁷. Aquela configura-se como *garantia mínima* da vinculação do legislador aos direitos fundamentais³¹⁰⁸. O conceito *lerchiano* de constituição dirigente é recuperado, sendo a moderna proporcionalidade um dos seus pilares: como diretiva de ação dirigida ao legislador, nos casos de colisão de direitos de defesa e de proteção, assiste-o na resolução equilibrada dessas colisões, atendendo às várias posições em causa³¹⁰⁹. Nessa perspectiva, a proporcionalidade é uma diretiva de ação com vista a uma boa política constitucional ("*gute Verfassungspolitik*") do legislador no que toca ao solucionamento de situações de conflitos entre direitos³¹¹⁰.

A proporcionalidade só poderia funcionar sem diferenças como norma de ação e como norma de controlo se os padrões que dela decorressem estivessem suficientemente densificados pela própria constituição³¹¹¹. Apenas na medida em que os padrões da proporcionalidade como norma de ação dirigida ao legislador estivessem materialmente determinados na constituição e deles decorressem concretas exigências diretamente imputáveis à constituição, se poderia conceber a proporcionalidade também como norma de controlo oponível ao legislador pelo juiz

³¹⁰⁵ *Idem*, p. 81.

³¹⁰⁶ *Idem*, p. 152.

³¹⁰⁷ *Idem*, pp. 161 ss.

³¹⁰⁸ *Idem*, p. 162.

³¹⁰⁹ *Idem*, p. 156.

³¹¹⁰ *Idem*.

³¹¹¹ *Idem*.

constitucional³¹¹². Uma posição sobre isso requer uma análise dos passos das duas componentes da proporcionalidade.

Proibição do excesso e proibição do defeito têm uma estrutura tripartida simétrica: adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e. na primeira; eficiência, suficiência e proporcional e.s.e. na segunda³¹¹³.

A aplicação do primeiro teste - adequação/eficiência - assenta na imposição dos critérios ou padrões da mínima eficiência dos meios escolhidos para atingir o fim da medida e da rejeição das medidas que sejam totalmente inadequadas. Quanto a este teste, não há objeção ao controlo do juiz constitucional: na medida em que assenta essencialmente em apreciações e avaliações de facto, é funcionalmente enquadrável nas funções daquele³¹¹⁴. Trata-se de verificar se o legislador procedeu à cuidadosa determinação dos factos e se as avaliações empíricas por ele feitas são judiciosas. Controla-se se o legislador mantém uma observação permanente da evolução do cumprimento dos deveres de proteção e se se formou, algures no tempo, um dever de revisão das medidas vigentes.

Já quando aos demais dois segmentos, necessidade/suficiência das medidas e proporcionalidade e.s.e., a situação é substancialmente diversa.

Por um lado, a determinação da medida mínima de proteção e da medida máxima de interferência em direitos de defesa não resulta diretamente da constituição, ou está nos limites da interpretação constitucional³¹¹⁵. Por outro lado, a aplicação da necessidade/suficiência impõe opções valorativas: a determinação da medida máxima de interferência e da medida mínima de proteção autorizadas só pode ser feita com recurso a valorações³¹¹⁶.

Valorações são também centrais no terceiro passo, da proporcionalidade e.s.e. Esta consiste em ponderação das posições jurídicas subjetivas envolvidas, na perspetiva da proteção e na perspetiva da abstenção de interferências em direitos de defesa, e ponderação é valoração (*Abwägung ist Wertung*)³¹¹⁷. A questão está em saber se a

³¹¹² *Idem*, p. 163.

³¹¹³ *Idem*, pp. 153 ss.

³¹¹⁴ *Idem*, pp. 164 ss.

³¹¹⁵ *Idem*, p. 166.

³¹¹⁶ *Idem*, p. 167.

³¹¹⁷ *Idem*, p. 168.

constituição estabelece padrões vinculativos para estas valorações que possam ser opostas pelo juiz constitucional ao legislador. O autor entende que não. Por isso, em casos de colisões de posições jurídicas subjetivas que o legislador deva resolver, as valorações e ponderações que tiver de realizar não são mera concretização da constituição, mas sim exercício da vontade³¹¹⁸. O Tribunal não está autorizado a colocar em causa esse exercício da vontade do legislador, uma vez que não está autorizado a definir uma ordem de valores, no sentido de uma ordenação valorativa dos bens jurídicos alternativa à do legislador, vinculativa e constitucionalmente oponível a este³¹¹⁹. Não estando a ponderação entre diferentes direitos vertida na constituição, as valorações necessárias cabem ao legislador como órgão representativo-cognitivo de uma sociedade democrática. O necessário compromisso ou equilíbrio (*Ausgleich*) entre direito de defesa e dever de proteção deve ser realizado pelo legislador, que recebe da constituição a competência para o fazer. Em conclusão, o princípio da proporcionalidade (nas suas duas vertentes, de proibição do excesso e do defeito) não pode funcionar como norma de controlo, uma vez que o juiz constitucional não está autorizado a realizar as valorações e ponderações exigidas por alguns dos seus passos³¹²⁰. Mas o facto de o princípio da proporcionalidade não poder servir de padrão de controlo judicial da legislação não quer dizer que não exista nenhum controlo judicial da posição mínima de um direito fundamental oponível ao legislador. Essa garantia mínima é assegurada através da norma de controlo resultante da garantia do conteúdo essencial dos direitos³¹²¹.

2.3.3.4. Störring

Partindo da plataforma da teoria dos princípios (*Prinzipientheorie*)³¹²², STÖRRING considera que a proibição do defeito é genuinamente um instrumento cuja aplicação

³¹¹⁸ *Idem*, pp. 167 ss.

³¹¹⁹ *Idem*, p. 168.

³¹²⁰ *Idem*, pp. 143, 175.

³¹²¹ *Idem*, pp. 175 ss.

³¹²² *Idem*, pp. 170 ss., 235.

requer operações de ponderação³¹²³. Contudo, diferentemente das versões mais difundidas da teoria dos princípios, não sustenta que aquela ponderação vise a otimização (no sentido de maximização) dos direitos, ou a procura da uma única decisão certa, correspondente à melhor solução possível³¹²⁴. A proibição do defeito é um mecanismo que visa assegurar um limiar mínimo de proteção dos direitos fundamentais³¹²⁵.

A proibição do defeito aplica-se em situações de omissão do Estado quando este tem deveres de agir decorrentes: (i) da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, funcionando a proibição do defeito como garantia do preenchimento da medida mínima tutelável da obrigação de proteção e concomitante satisfação de direitos subjetivos à proteção³¹²⁶; (ii) dos direitos a prestações sociais; (iii) de fins públicos com um núcleo sindicável³¹²⁷. No último caso trata-se de proibição do defeito não jus-fundamental³¹²⁸.

São rejeitadas a tese da desnecessidade de distinguir entre a proibição do defeito e o conceito dogmático dos deveres de proteção do Estado³¹²⁹ e a tese da congruência ou da coincidência entre proibição do excesso e proibição do defeito. É também afastada a tese de que a proibição do defeito é assegurada através da aplicação dos segmentos da necessidade e da proporcionalidade e.s.e. da proibição do excesso³¹³⁰. Na linha de CANARIS, ISENSEE, DIETLEIN e outros, a proibição do excesso só responde à questão de saber se o legislador prosseguiu o fim (designadamente da proteção perante terceiros) com meios proporcionais e não se os meios escolhidos são (os) *comandados* pela constituição³¹³¹. Entre as duas proibições (*Korridor*³¹³²) persiste uma relevante liberdade de conformação do

³¹²³ *Idem*, pp. 167 ss., 235.

³¹²⁴ *Idem*, pp. 185 ss.

³¹²⁵ *Idem*, pp. 41 ss., 235.

³¹²⁶ Incidentalmente, o autor pronuncia-se também pela aplicação em situações de proteção face a ameaças naturais: **Störring, Das Untermaßverbot...**, p. 44.

³¹²⁷ A derivação de direitos subjetivos dos deveres de proteção é aceite pela maioria da doutrina e pelo *BVerfG*: **Störring, Das Untermaßverbot...**, p. 232.

³¹²⁸ *Idem*, pp. 232, 237.

³¹²⁹ *Idem*, p. 234.

³¹³⁰ *Idem*, pp. 127 ss.

³¹³¹ *Idem*, p. 233.

³¹³² *Idem*, p. 132.

legislador, que este exerce sem sujeição ao controlo do Tribunal Constitucional³¹³³. Aliás, a dogmática da proibição do defeito (tal como a da proibição do excesso) não pode deixar de compreender uma dogmática da liberdade de conformação do legislador³¹³⁴, a qual é o fator decisivo para a definição da amplitude do *Korridor*³¹³⁵.

A colisão entre as duas proibições não seria possível, uma vez que, num caso a decidir, ou predomina o aspeto da proteção ou o aspeto da defesa. Por isso é impossível uma violação simultânea da proibição do excesso e da proibição do defeito³¹³⁶.

Tal como MAYER, assume a distinção entre normas de ação e normas de controlo. Mas, em sentido diametralmente oposto, sustenta que a proibição do defeito é exclusivamente uma norma de controlo³¹³⁷. Por isso, o conteúdo garantístico da proibição do defeito é essencialmente definido através da extensão ou da densidade de controlo atribuída ao (ou assumida pelo) Tribunal Constitucional no que toca às questões com base empírica. A apreciação não se deve reduzir a um mero controlo de evidência, deferente para com o legislador (*Evidenzkontrolle*), mas também não deve chegar a um controlo material intensivo (*Intensivierte inhaltliche Kontrolle*). Por isso é proposta a aplicabilidade uniforme e constante (não variável ou deslizante consoante as circunstâncias³¹³⁸) do padrão da defensabilidade (ou, mais rigorosamente, da indefensabilidade, *Unvertretbarkeitskontrolle*)³¹³⁹.

Também diferentemente do defendido por outra parte da doutrina, a proibição do defeito e a proibição do excesso não são simétricas no que toca à força do conteúdo garantístico³¹⁴⁰. O princípio democrático, mas também a visão de uma ordenação liberal da sociedade, determinam uma força garantística menor da proibição do

³¹³³ *Idem*, p. 233.

³¹³⁴ *Idem*, pp. 180 ss., 235.

³¹³⁵ *Idem*, p. 181.

³¹³⁶ *Idem*, pp. 131 ss. e 233-234.

³¹³⁷ *Idem*, pp. 140 ss., 234.

³¹³⁸ *Idem*, pp. 212 ss., 237.

³¹³⁹ *Idem*, p. 236.

³¹⁴⁰ *Idem*, p. 161.

defeito³¹⁴¹. Em consequência, a liberdade de conformação do legislador é maior no contexto da proibição do defeito do que na proibição do excesso³¹⁴².

Quanto à estrutura, o autor afasta-se da tese dos três passos equivalentes aos da proibição do excesso³¹⁴³. O exame da adequação e da eficiência (ou necessidade) não tem nenhuma utilidade. Para a determinação e tutela do *standard* mínimo de proteção -aquele que é tutelado através da proibição do defeito³¹⁴⁴-, basta a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, uma pura operação de ponderação. Estruturalmente, a proibição do defeito compõe-se simplesmente de uma operação de ponderação³¹⁴⁵. Cruzando esta vertente com o controlo de defensabilidade, há lesão do princípio da proibição do defeito quando os interesses de proteção suplantam consideravelmente os fundamentos para a omissão ou abstenção do Estado, ou quando a ponderação realizada assenta em assunções ou prognoses reconhecidamente erróneas³¹⁴⁶. O juiz constitucional apenas declara, se for o caso, a infração da proibição do defeito, sem indicar qualquer medida concreta a que o legislador fica obrigado³¹⁴⁷.

3. Posição adotada

3.1. Em geral

Como o estudo dos autores de referência evidenciou, os primeiros passos da proibição do defeito foram dados ao ritmo da confrontação entre duas teses³¹⁴⁸.

³¹⁴¹ *Idem*, pp. 148 ss.

³¹⁴² *Idem*, pp. 147 ss., 234.

³¹⁴³ *Idem*, pp. 206 ss.

³¹⁴⁴ *Idem*, p. 40.

³¹⁴⁵ *Idem*, p. 236.

³¹⁴⁶ *Idem*, p. 237.

³¹⁴⁷ *Idem*.

³¹⁴⁸ Deixando em segundo plano, por um momento, as construções que contestam as próprias fundações das correntes centrais, designadamente a relevância ou centralidade do esquema *Schutz durch Eingriff* (sobre este esquema, **Wahl/Masing**, «Schutz durch Eingriff», *cit.*). Por exemplo, **Gellermann**, *Grundrechte im einfachgesetzlichen...*, pp. 344-345, recusa as compreensões de dicotomia entre direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos à proteção e critica a visão clássica da proporcionalidade aplicável à restrição dos direitos de defesa e da proibição do defeito

Por facilidade de identificação - embora talvez com prejuízo do rigor pleno -, identificá-las-emos com recurso a duas expressões já conhecidas, usadas nesse debate: a tese da banda ou da margem de liberdade (ou do *Korridor*³¹⁴⁹), subscrita por CANARIS, JARASS, ISENSEE, DIETLEIN, CALLIESS e outros, e a tese da congruência (*Kongruenzthese*), defendida por autores como HAIN, STARCK, UNRUH, STERN, ERICHSEN, SCHULTZE-FIELITZ, MAURER e outros.

Simplificando na medida do possível, de acordo com a primeira, o legislador está apenas obrigado a cumprir o dever de proteção pelo mínimo. Só o incumprimento desse mínimo é suscetível de violar a proibição do defeito. Mas pode ir além dele, cumprindo mais do que aquilo que é exigido. Nessas circunstâncias, pode ou não violar o princípio da proibição do excesso. Não é forçoso que viole. Se viola ou não, depende de ponderação. Consequentemente, entre a proibição do defeito e a proibição do excesso há uma margem de liberdade do legislador.

Nos termos da segunda, não há diferencial entre cumprimento mínimo e cumprimento acima do mínimo ou máximo. O legislador pode e deve praticar exatamente o que determina o dever de proteção: se ficar abaixo disso, contraria a proibição do defeito; se for além disso, contraria a proibição do excesso. Se praticar exatamente o que o dever determina, que é o que a proibição do excesso também consente, respeita em simultâneo as duas proibições³¹⁵⁰. O limiar máximo da proibição do excesso coincide com o limiar mínimo da proibição do defeito: uma vez que o Estado só pode restringir os direitos de terceiros perturbadores na medida em que seja necessário para proteger os bens jurídicos ameaçados, as duas proibições coincidem³¹⁵¹. Noutros termos, todas as alternativas não excluídas pela proibição do excesso são imperativas à luz da proibição do defeito e todas as alternativas não exigidas pela proibição do defeito são desconformes com a

aplicável ao cumprimento dos deveres de proteção. O Estado *não restringe*, antes *dirige*, as relações entre particulares, cumprindo a sua obrigação de direção, atualizando os vínculos entre eles, já configurados jusefundamentalmente mas carentes de desenvolvimentos mais próximos.

³¹⁴⁹ Embora tenha de se advertir que este conceito, merecendo a adesão de numerosos autores, está longe de ser claro e pode assumir significado e alcance distintos de autor para autor: v., entre muitos, **Canaris**, «Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot...», pp. 163 ss.; **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 216

³¹⁵⁰ Esta articulação inevitável entre as duas proibições poderia até justificar que se mudasse a designação do princípio da proporcionalidade para *princípio da proibição do excesso e do defeito*: cfr. **Wolfgang Hoffmann-Riem**, «Das Grundgesetz - zukunftsfähig?», in *DVBl* (1999), pp. 657 ss. (*apud Tzemos, Das Untermaßverbot, ob. e loc. cit.*).

³¹⁵¹ V. **Hartmut Maurer**, *Staatsrecht*, 2.^a ed., Beck, München, 2001, p. 236.

proibição do excesso. Não é concebível um *Korridor* ou espaço de liberdade do legislador que permita que uma medida fique simultaneamente abaixo do limiar da proibição do excesso e acima do limiar da proibição do defeito, pelo que a margem de conformação é, à partida, limitada ou inexistente.

Todavia, a aparentemente inconciliável oposição foi-se esbatendo, notando-se uma tendência para alguma confluência na direção de posições mais matizadas.

Por um lado, há um consenso sobre a observação de que a tese da congruência, a fazer sentido, só o faria nas situações de constelações triangulares ou assimiláveis. DIETLEIN assinalou inicialmente que quando o cumprimento de deveres do legislador, designadamente de proteção, não implica interferências em direitos de defesa (não convocando, portanto, uma ideia de contenção do excesso), a tese da congruência não é viável³¹⁵². Por isso, quem admite o valor teórico das teses da congruência tende a restringir o seu alcance às situações de constelações triangulares³¹⁵³. Por outro lado, apesar de o tema continuar a ser basicamente ignorado pela doutrina anglo-saxónica ou afim que, sem discussão aparente, aplica o teste da proporcionalidade a situações em que uma das posições colidentes é um dever de ação do legislador³¹⁵⁴, a autonomia da proibição do defeito tem vindo a afirmar-se. Sem embargo, não deixa de se aceitar que os adeptos das teorias da congruência têm razão quando sublinham a necessidade de articulação entre o sentido normativo das duas proibições pelo menos no caso das constelações triangulares³¹⁵⁵. Assim, muitas das numerosas tentativas de matização acabam por parecer próximas da tese da congruência, como é o caso das que consideram a

³¹⁵² Dietlein, «Das Untermaßverbot», p. 135; também, Calliess, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 212.

³¹⁵³ V., por exemplo, Lee, «Grundrechtsschutz...», p. 309.

³¹⁵⁴ Cfr., por todos, Barak, *Proportionality...*, pp. 422 ss. Em alguns trechos, o autor enuncia - sem desenvolver nem justificar - um modelo que se poderia designar por proporcionalidade dupla ou de via dupla: "as regras da proporcionalidade devem examinar primeiro se a limitação da liberdade de expressão é proporcional em relação à proteção conferida ao direito à privacidade e examinar depois se a proteção da boa reputação é proporcional em relação à limitação imposta ao direito à liberdade de expressão" (p. 538).

³¹⁵⁵ V., por exemplo, Calliess, *Rechtsstaat...*, pp. 445 ss., *passim*; *idem*, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», pp. 213, 216 (concluindo que "no que se refere ao terceiro patamar do controlo da proporcionalidade, os padrões das proibições do defeito e do excesso são na realidade idênticos", tal como os defensores das teses da congruência sustentam).

proibição do defeito e a proibição do excesso dois "aspectos"³¹⁵⁶, duas versões³¹⁵⁷, duas vertentes³¹⁵⁸ ou duas dimensões³¹⁵⁹ da proporcionalidade em sentido amplo ou parte do comando geral de proporcionalidade³¹⁶⁰ ou das que constroem a proibição do defeito como uma versão invertida da proibição do excesso³¹⁶¹.

³¹⁵⁶ V. **Alexy**, «Sobre la estructura...», p. 129; «On Constitutional Rights...», p. 11; no mesmo sentido, **Klatt / Meister**, *The Constitutional...*, p. 97.

³¹⁵⁷ **Pulido**, *El principio...*, p. 807.

³¹⁵⁸ **Miranda/Medeiros**, *Constituição...*, tomo I, 2.^a ed., p. 344.

³¹⁵⁹ **Borowski**, *Grundrechte als Prinzipien*, 2.^a ed., pp. 184-185.

³¹⁶⁰ **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 170.

³¹⁶¹ Cfr. **Schwabe**, *Probleme...*, pp. 211 ss.; **Murswiek**, *Die staatliche...*, pp. 88 ss.; **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», pp. 273 ss. Trata-se da tese minoritária que visa, designadamente, viabilizar a submissão à proporcionalidade clássica das omissões totais de atos de cumprimento de deveres de proteção. O esquema argumentativo é o seguinte: a omissão do legislador de cumprimento de um dever de proteção é convertível num ato positivo de permissão (ou não proibição) da realização da liberdade pelo perturbador/agressor. A restrição da liberdade dos particulares carentes de proteção que daí decorre é imputável à ficção de "ato positivo" do legislador, o qual é sujeito ao princípio da proporcionalidade entendido como proibição do excesso. Do contrapeso dos benefícios, em termos de realização da liberdade do agressor e dos sacrifícios dos bens, interesses e valores não protegidos, pode resultar a ilicitude daquele comportamento do legislador. **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», pp. 271 ss., reconstrói essa tese para sustentar uma atraente estratégia de *inversão da proibição do excesso* (*Umkehrung des Übermaßverbotes*) como modo de definir o objeto e a estrutura da proibição do defeito. Essa estratégia de inversão traduz-se em que, enquanto na proibição do excesso o objeto é um ato positivo que intervém em direitos com vista à prossecução de certos fins, na proibição do defeito o objeto é um ato negativo - a omissão total ou parcial do cumprimento do dever de proteção pelo legislador - que visa a possibilitação da materialização ou realização da liberdade pelo eventual perturbador de direitos de terceiros, com prejuízo destes. Em termos estruturais, isto tem as seguintes consequências: o fim (realização da liberdade do eventual perturbador) tem de ser considerado sempre legítimo (*ob. cit.*, p. 273); o exame *invertido* da adequação visa verificar se a omissão total ou a omissão de medidas mais intensas de proteção da vítima (omissão parcial) proporcionam a realização da liberdade do perturbador, sendo a resposta evidentemente sempre positiva, pelo que o critério da adequação nada adiantaria, sendo por isso fútil (*ob. cit.*, p. 274); o exame adaptado da necessidade (ou efetividade) destina-se a aferir se há alguma medida alternativa à omissão total ou parcial que, permitindo a realização da liberdade do eventual perturbador em igual medida, reduza a intensidade de interferência nos direitos de terceiros (*ob. cit.*, pp. 274-275); o exame da proporcionalidade e.s.e. destina-se a ponderar se as interferências causadas pelas atuações de particulares permitidas através da omissão pelo legislador das medidas de proteção são desproporcionadas em relação ao fim prosseguido com a omissão, isto é, a materialização da liberdade do perturbador. Da ponderação das posições colidentes não pode resultar um predomínio de qualquer das posições colidentes (*ob. cit.*, p. 275). Apesar da elegância intelectual das teses da inversão da estrutura da proibição do excesso e do tratamento unitário das omissões totais e parciais que elas possibilitam (vantagem sublinhada por **Rassow**, *ob.cit.*, p. 272), existem objeções que afetam alguns dos seus alicerces. Primeiro, o excessivo pendor a favor de uma "ideologia" dos direitos de defesa. Quando se sustenta que o fim que preside à aplicação da proibição do defeito é primordialmente o fim da realização da liberdade do perturbador/agressor, não apenas se abre a porta à inversão estrutural da proibição do excesso, como se inverte a própria *ratio* da proibição do defeito. A *ratio* da proibição do excesso é *limitar* a atividade do legislador de forma a preservar a liberdade individual. O sentido teleológico da proibição do defeito é *fomentar* ou *comandar* a atividade do legislador, de modo a preservar ou melhorar o equilíbrio (a "partilha") global de liberdade entre os indivíduos. Com a proibição do excesso, a liberdade é defendida *da lei*; com a proibição do defeito, a liberdade é aumentada/distribuída *através* da lei. Por isso, sustentar que

A posição que explanamos no desenvolvimento subsequente pressupõe a autonomia das duas proibições e insere-se no espírito de reconhecimento da necessidade de conciliar contributos de várias proveniências e de superação da dicotomia *Korridor/Kongruenzthese*.

A autonomia resulta de a proibição do excesso e a proibição do defeito terem pressupostos de aplicação, âmbito de aplicação, estrutura e objeto, regime jurídico e funções diversas. Por isso, pode afirmar-se que proibição do excesso e proibição do defeito não são partes, elementos, componentes, vertentes ou "aspetos" do princípio *clássico* da proporcionalidade. Quando muito, trata-se de dois princípios que expressam, cada um ao seu nível, a ideia geral de *proporcionalidade* que deve pautar o exercício do poder público. Para traduzir essa ideia, é útil recorrer ao conceito de *princípio moderno da proporcionalidade*, que abarca aqueles dois princípios autónomos (juntamente com a proporcionalidade retributiva³¹⁶² e a proporcionalidade equitativa³¹⁶³) e se distingue do "velho" conceito de princípio

quando se apreciam as omissões totais ou parciais de prática de atos de proteção, à luz da proibição do defeito, o fim referencial é a realização da liberdade do agressor/perturbador através dessas omissões, parece deslocar-se indevidamente o centro de gravidade, que deve ser, antes, o fim da *distribuição equilibrada ou ótima* de liberdade entre os indivíduos. Em segundo lugar, as teses da inversão afastam a possibilidade de aplicação da proibição do defeito em situações em que não esteja em causa a possível limitação de direitos de defesa motivada pela emissão de medidas de proteção, isto é, em que não estejam em causa constelações triangulares (excluindo expressamente essa aplicação, **Rassow**, *ob. cit.*, p. 280). Ora, não se vislumbra nenhuma razão dogmática, a não ser a de dar sustentação à tese da inversão (que assenta parte essencial do seu poder explicativo na ideia de que o fim das omissões é o fim da realização da liberdade do perturbador titular do direito de defesa), que justifique a exclusão da aplicabilidade daquele instrumento em situações em que há outro tipo de colisões que não as que opõem deveres do Estado de proteção e de abstenção. Mesmo que se admita que a proibição do defeito não pode ser "pau para toda a obra", nada justifica que não se recorra à proibição do defeito como instrumento mediador em outras situações de colisão, como aquelas em que ao dever do Estado de proteção de direitos fundamentais de defesa ou de materialização de direitos fundamentais sociais se opõem outros deveres (por exemplo, de manutenção do equilíbrio orçamental) ou outros fins legítimos constitucionalmente permitidos. Finalmente, são *parcialmente* pertinentes as objeções aduzidas por **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., pp. 193-194, designadamente a que se refere à estrutura do segmento da necessidade. O autor nota que a tese da inversão implica que qualquer omissão seja sempre considerada necessária. Qualquer medida alternativa a uma omissão é sempre uma ação positiva de prossecução do direito à proteção que interfere acrescidamente no direito de defesa. Por isso, nunca poderia haver uma alternativa menos interferente no direito de defesa do que a omissão. As omissões seriam sempre necessárias; nenhuma omissão poderia ser considerada inválida por violação da necessidade. Como já se referiu anteriormente, esta crítica só atinge o alvo quando a omissão é *total*. Quando a omissão do legislador é apenas *parcial*, é teoricamente possível (embora eventualmente difícil, na prática) identificar *outras omissões* parciais que garantam um mesmo nível de liberdade dos titulares de posições jurídicas subjetivas de defesa e melhorem a posição dos titulares de posições subjetivas jusfundamentais decorrentes de deveres de proteção do Estado.

³¹⁶² V. *infra*, capítulo 22.

³¹⁶³ V. *infra*, capítulo 23.

da proporcionalidade em sentido clássico, coincidente apenas com a proibição do excesso.

A autonomia é mais marcada nas situações em que a colisão que suscita a sua aplicação é entre deveres de ação e permissões de prossecução de bens, interesses ou valores, que, por definição, não são obrigatórias; e é menos nítida nas situações em que há colisão de deveres do legislador com valor ou força abstrata semelhantes (e não apenas nas constelações triangulares). Mas, mesmo nesta segunda modalidade, em que a proibição do defeito incorpora estruturalmente uma componente de proibição do excesso, a autonomia analítico-dogmática entre os princípios da proibição do excesso e da proibição do defeito não é comprometida.

A perspetiva matizada que perfilhamos transparece: (i) na aceitação da autonomia das duas proibições; (ii) na distinção dos âmbitos de aplicação de cada uma delas, assente na diferente estrutura das colisões que requerem a sua observância; (iii) na segmentação dos vários tipos de deveres a que o legislador está contraditoriamente sujeito; (iv) na distinção entre modalidades da proibição do defeito; (v) na aplicação da distinção entre norma de ação e norma de controlo; (vi) nos objetivos traçados ao legislador decorrentes da aplicação da proibição do defeito; (vii) na estrutura da proibição do defeito; (viii) nos termos da sua aplicação como norma de controlo, incluindo a sua estrutura e metódica e a amplitude e intensidade do poder do juiz constitucional.

Organizaremos os números seguintes em torno dos seguintes temas: (i) autonomia entre dever de ação e proibição do defeito; (ii) âmbito de aplicação; (iii) proibição do defeito como norma de ação; (iv) proibição do defeito como norma de controlo.

3.2. Autonomia entre dever de ação e proibição do defeito

CANARIS lançou as bases para a separação analítica entre deveres de proteção (ou, mais latamente, de ação) e proibição da insuficiência. Os primeiros reportam-se ao

se (*Ob-Frage*), a segunda ao *como* (*Wie-Frage*)³¹⁶⁴. Porém, a questão é controversa³¹⁶⁵.

Indício disso é o próprio debate interno do Tribunal Constitucional português. Dele transparecem divergências sobre a questão de saber se quando se apura defeito no cumprimento de dever de ação a inconstitucionalidade que daí decorre se reconduz à violação do *direito que deveria ser protegido* e não o foi suficientemente (ou o foi apenas defeituosamente) ou à violação autónoma do *princípio da proibição do defeito*³¹⁶⁶. Aparentemente vence a segunda orientação. O Tribunal não aceitou³¹⁶⁷ a conceção de que o princípio da proibição do defeito é um simples *auxiliar hermenêutico* da apreciação da violação do direito fundamental. Assim sendo, pode traçar-se um paralelismo com o que ocorre com a aplicação da proibição do excesso como norma de controlo. Nesse contexto, a verificação do excesso provoca uma inconstitucionalidade primária da norma e, eventualmente, uma inconstitucionalidade contingente: inconstitucionalidade (primária) por violação da proibição do excesso e, na medida em que a existência de excesso significa que a interferência num bem, interesse ou valor é injustificada, inconstitucionalidade por

³¹⁶⁴ *Direitos fundamentais...*, p. 114. V., também, **Starck, Praxis...**, pp. 79 ss.; **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 212.

³¹⁶⁵ Recorde-se a madrugadora contestação de **Hain**, «Der Gesetzgeber in der Klemme...», pp. 982-983, ou, mais recentemente, **Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen...**, pp. 347 ss., defendendo a *inutilidade* da proibição do defeito como figura autónoma em relação ao comando constitucional que impõe o dever de ação.

³¹⁶⁶ O tema é lançado na declaração de voto de Lúcia Amaral no acórdão n.º 166/10, que ela própria relatou:

"Considerarei (...) que se encontrava primacialmente no n.º 1 do artigo 62.º da CRP o parâmetro constitucional que, no caso, fora violado.

Partindo do princípio segundo o qual o *direito do credor à satisfação do seu crédito* se inclui ainda no âmbito de protecção da norma constitucional relativa à tutela da propriedade ou do património privado, conclui que os deveres de organização e de procedimento, impendentes sobre o legislador ordinário que, nesta situação, se mostravam *deficitária* ou *insuficientemente* cumpridos, decorriam antes do mais de posições jusfundamentais tuteladas (nos termos definidos pelo ponto 11 do Acórdão) no n.º 1 do artigo 62.º da CRP.

É certo que a sede última dos deveres do legislador de instituir procedimentos justos e adequados à realização do Direito e à garantia do exercício efectivo dos direitos se encontra no princípio do Estado de direito, consagrado no artigo 2.º da CRP. E certo é, também, que deste mesmo princípio decorre, em última análise, o imperativo constitucional da proibição da *insuficiência* ou do *deficit* de protecção. No entanto, tal não significa, a meu ver, que o princípio do artigo 2.º possua, nesta situação, um alcance prescritivo tal que lhe permita ser o parâmetro único fundador do juízo de inconstitucionalidade. Entendo antes que ele é apenas o auxiliar hermenêutico que permite ao juiz constitucional censurar a decisão do legislador com fundamento em cumprimento insuficiente de deveres de "protecção" que decorrem, antes do mais, do disposto no n.º 1 do artigo 62.º da CRP." No mesmo sentido, na doutrina, v. **Ávila, Teoria...**, p. 134.

³¹⁶⁷ Pelo menos na formação que julgou o caso do acórdão n.º 166/10.

violação da norma que o tutela, se esta tiver valor constitucional (sendo, por isso, apenas contingente). O Tribunal parece apontar para a adaptação desta doutrina à proibição do defeito.

A questão tem cunho mais teórico do que prático, mas a exigência de rigor analítico obriga a contornos claros.

O recorte é nítido quando apreciamos a função da proibição do defeito como norma de controlo. O dever de ação não pode ser confundido com a proibição do defeito porque é um *pressuposto* da aplicação desta³¹⁶⁸. Vejamos, portanto, como as duas noções se interrelacionam. Da norma constitucional resulta o dever de um comportamento do legislador. O legislador executa ou omite esse comportamento. Se o omitir, a omissão (que se distingue da simples inércia legislativa³¹⁶⁹) é *prima facie* um comportamento antijurídico. O juízo sobre se a antijuridicidade desse comportamento omissivo se deve considerar consolidada ou definitiva requer que se averigue se há *uma justificação* para a omissão. Como norma de controlo, a proibição do defeito desempenha a sua função primordial no campo da justificação: se se chegar à conclusão que a omissão legislativa supera as exigências da proibição do defeito, isto é, que existe justificação para que o dever não seja concretamente cumprido pelo legislador, há incumprimento do dever de ação *prima facie*, mas não há violação da proibição do defeito. Ao invés, se a omissão legislativa não superar as exigências da proibição do defeito, não há justificação para a omissão; há uma violação da proibição do defeito e um incumprimento consolidado do dever de ação. Se a esse dever corresponder uma posição jurídica subjetiva, designadamente um direito, a violação da proibição do defeito, isto é, a omissão injustificada do cumprimento de um dever legislativo, traduz-se, em última análise, numa violação do direito.

³¹⁶⁸ No mesmo sentido, **Jorge P. Silva**, «Interdição de proteção insuficiente...», pp. 190 ss. Todavia, não coincidimos com o autor quando defende que a proibição do defeito "serve mais os propósitos do controlo jurisdicional do que propriamente de fio condutor para as decisões do legislador". Assim, os deveres de proteção desempenhariam "o essencial da sua função *ex ante*, durante o trabalho do órgão legislativo", enquanto "a proibição do defeito está mais vocacionada para a realização de um controlo *ex post*". No texto defendemos, ao invés, uma incidência diferenciada dos deveres de proteção e da proibição do defeito na própria atividade do legislador.

³¹⁶⁹ V., por todos, **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, p. 12.

Não parece, conseqüentemente, que a qualificação da proibição do defeito como mero auxiliar hermenêutico seja adequada. A orientação dominante no Tribunal Constitucional, acima exposta, merece adesão.

3.3. Fundamento da proibição do defeito

Proibição do excesso e proibição do defeito em sentido próprio decorrem ambas de uma ideia de proporção e são ambas instrumentos mediadores de ponderação e de harmonização, quer quando guiam a decisão legislativa, quer quando parametrizam a atividade de controlo. Por isso, embora haja propostas de fundamento exclusivamente aplicáveis à proibição do defeito, algumas vezes confundindo-se com o fundamento dos deveres de proteção³¹⁷⁰, as teses que se perfilam a propósito do fundamento da proibição do excesso valem *grosso modo* também aqui. A doutrina maioritária³¹⁷¹ aponta o princípio do Estado de direito como fundamento da proibição do defeito, tal como sucede com a proibição do excesso. Mas há quem sustente que aquela decorre ou está intrinsecamente ligada à proteção do conteúdo essencial dos direitos³¹⁷². Isolada ou cumulativamente, os defensores da teoria dos princípios deduzem o fundamento da proibição do defeito do caráter principal dos direitos³¹⁷³. Pela nossa parte, retomamos a proposta, já feita a propósito da proibição do excesso, de uma fundamentação multipolar, assente no sentido *prima facie* da constituição, na conceção de direitos fundamentais e na específica precipitação do Estado de direito.

³¹⁷⁰ V. a construção desenvolvida por vários autores em torno das ideias do Estado como ordem de liberdade, do monopólio do poder estadual e da garantia da segurança interna: cfr., por todos, **Götz**, «§ 79 Innere Sicherheit», número marginal 30 ss.; **Isensee**, «§ 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht...», 1.^a ed., 1992, número marginal 162 ss.

³¹⁷¹ Com respaldo jurisprudencial. Em Portugal, v., por exemplo, acórdão n.º 166/10, do Tribunal Constitucional.

³¹⁷² V. **Scherzberg**, *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität"*..., p. 210; **Huber**, «Art. 19 Abs. 2 GG», in Mangolt, Klein, Starck, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, vol. I, Präambel, Artikel 1 bis 19, 4.^a ed., Vahlen, München, 1999, número marginal 132 ss. Apenas parcialmente, **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 48, 173 ss.

³¹⁷³ **Borowski**, *Grundrechte als Prinzipien*..., 1.^a ed., p. 119.

3.4. Aceções da proibição do defeito

3.4.1. Aceção ampla e aceção estrita da proibição do defeito

É concebível uma aceção ampla de proibição do defeito que se reporta a toda e qualquer situação em que o legislador está especificamente obrigado a uma ação positiva (emissão de normas legislativas), seja em termos categóricos ou apenas *prima facie*³¹⁷⁴. Por exemplo, quando o artigo 117.º, n.º 3, estatui que a "lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respetivos efeitos", a não emanação de uma lei cujo conteúdo satisfaça integralmente o desígnio constitucional viola a proibição do defeito nesta aceção ampla. Nesse âmbito, é insofismável que a proibição do defeito pode ou não assumir a função de instrumento de mediação de operações de harmonização de bens, interesses ou valores tutelados por normas em situação de colisão, uma vez que abrange situações em que o dever do legislador tem caráter categórico.

A figura da proibição do defeito que nos interessa tem um âmbito mais restrito, abarcando apenas alguns tipos de alegados incumprimentos do legislador ordinário. Mas mesmo essa aceção estrita comporta dois sentidos: (i) o impróprio e (ii) o próprio.

3.4.2. Proibição do defeito em sentido impróprio

Numa certa perspetiva, quando o legislador está sujeito a um dever de agir (protegendo, materializando ou operacionalizando direitos fundamentais ou interesses públicos), pode haver (para certos modos de ver, há sempre) um nível mínimo irredutível ou categórico desse dever. Fala-se, designadamente, (i) do conteúdo mínimo ou essencial do dever de ação ou (ii) do mínimo, ou limiar mínimo, de subsistência.

³¹⁷⁴ Todos os exemplos elencados por **Miranda, *Manual...***, vol. VI, 4.ª ed., p. 372, ficariam abrangidos: deveres de publicação de leis das grandes opções do plano, da lei do orçamento, de lei subsequente a referendo, de decreto-lei de desenvolvimento de lei de bases e outras; v., também, **Sampaio, *O controlo...***, p. 584.

Partindo dessa perspetiva, há uma orientação que defende que a proibição do defeito assenta em dois pilares. Primeiro, a asserção de que só a insuficiência do cumprimento do nível mínimo contraria a proibição do defeito e a proibição do defeito apenas visa a garantia de um nível mínimo de cumprimento³¹⁷⁵. Segundo, a posição de que a fixação do nível mínimo não depende nem resulta de operações de ponderação. Resulta da interpretação constitucional, representando, quando é possível extraí-lo da constituição, um reduto categórico, insuscetível de compromisso, com vista à prossecução de outros direitos. Mesmo que o cumprimento desse nível mínimo colida ou conflitue com outro direito, a resolução da colisão não é mediada por uma operação de harmonização que requeira qualquer tipo de ponderação³¹⁷⁶. Nesta aceção, as omissões *totais* são à partida violadoras da proibição do defeito; as omissões *parciais* podem ser ou não ser violadoras da proibição do defeito.

Ora, entende-se que esta aceção da proibição do defeito³¹⁷⁷ é imprópria, desde logo porque se confunde com outras figuras dogmáticas, como as do conteúdo essencial do dever de agir, do mínimo de subsistência ou do limiar mínimo de proteção. O valor acrescentado desta aceção imprópria em relação a essas figuras é nulo ou residual³¹⁷⁸. Elas têm a sua vitalidade própria como parâmetros constitucionais, parecendo meramente sumptuária a agregação de nova figura cuja função não vai além daquela que já desempenham. Por exemplo, o dever de proteção legal dos direitos de autor, decorrente do artigo 42.º, n.º 2, no contexto da liberdade de criação intelectual, artística e científica, tem porventura um núcleo mínimo, insuscetível de ponderação com outros bens, interesses ou valores, e um anel de proteção *prima facie*, exterior a esse núcleo mínimo. Tal núcleo mínimo, tem carácter categórico, não depende de harmonização com outros bens, interesses ou valores e é garantido pela cláusula constitucional da proteção do núcleo essencial do preceito constitucional. O anel adicional de proteção está dependente de ponderação e

³¹⁷⁵ Cfr. **Scherzberg**, *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität"...*, pp. 208 ss.; **Huber**, «Art. 19 Abs. 2 GG», n.º marginal 132.

³¹⁷⁶ Cfr. **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 201.

³¹⁷⁷ Correspondente, *grosso modo*, ao que **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 54, 197, designa por proibição do excesso em sentido estrito.

³¹⁷⁸ Só neste limitado e impróprio sentido da proibição do defeito se pode admitir algumas das críticas de autores como **Hain** ou **Gellermann** à autonomia e à mais-valia dogmática da figura: cfr. **Hain**, «Der Gesetzgeber...», p. 983; **Gellermann**, *Grundrechte...*, p. 349.

harmonização com outros bens, interesses ou valores, realizadas sob a égide da proibição do defeito em sentido próprio.

3.4.3. Proibição do defeito em sentido próprio

A proibição do defeito em sentido *próprio* não visa garantir o cumprimento de um nível mínimo e não prescinde da aplicação de operações de ponderação. É um instrumento que medeia a harmonização legislativa de posições jurídicas contraditórias³¹⁷⁹. Para a definição das posições jurídicas a harmonizar não se parte do conceito de conteúdo mínimo absoluto ou categórico³¹⁸⁰, mas do conceito de conteúdo *ideal* de deveres de ação, isto é, dos deveres de ação na máxima extensão, apurada através de interpretação da constituição. O conteúdo ideal do dever de proteção da situação jurídica do nascituro envolve a prevenção e evitação plena do risco de todo e qualquer aborto. O conteúdo mínimo fica aquém disso. O princípio da proibição do defeito em sentido próprio, como princípio de harmonização, reporta-se a esse conteúdo *ideal*, regendo nas situações em que há uma colisão entre a coroa periférica do conteúdo ideal do dever de ação (numa imagem gráfica, a coroa que "rodeia" o conteúdo mínimo) e outros deveres ou permissões de prossecução de bens, interesses ou valores.

Articulando isto com o que se expôs no número anterior, perfila-se o quadro seguinte. Se a interpretação constitucional revelar a existência de deveres absolutos ou categóricos, não há lugar à aplicação da proibição do defeito em sentido próprio. Se os deveres estiverem significativamente densificados na constituição ou, noutros termos, se esta especificar quase integralmente de que modo o dever é cumprido, não restando ao legislador mais do que uma margem mínima (ou nula) de conformação, o cumprimento desse dever não exige nem é condicionado por uma operação prévia de ponderação com bens, interesses ou valores colidentes. Nesse caso, a existência do dever vale por si, é violado ou cumprido na forma *tudo ou nada*. Alguma doutrina recorrerá nesse caso à figura da proibição do defeito, mas isso só

³¹⁷⁹ Frisando a importância desta assunção básica, **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 270.

³¹⁸⁰ *Idem*.

é concebível se a noção for usada num sentido impróprio. Se houver uma colisão entre a coroa periférica do conteúdo ideal do dever de ação e outros deveres ou permissões de prossecução de bens, interesses ou valores, aplica-se a proibição do defeito em sentido próprio.

À proibição do defeito em sentido próprio dedicaremos a parte remanescente deste capítulo. Sempre que for feita referência a proibição do defeito, sem outras indicações, trata-se da proibição do defeito em sentido próprio. Como veremos, esta tem duas modalidades. Mas, antes de as enunciarmos, temos de esclarecer quais são os pressupostos que delimitam o âmbito de aplicação da proibição do defeito, constituindo denominadores comuns das modalidades que esta assume.

3.5. Âmbito de aplicação da proibição do defeito

Há dois denominadores comuns às situações sujeitas à proibição do defeito. O primeiro, é a verificação de pelo menos um *dever constitucional de ação* do legislador³¹⁸¹. O segundo, é a existência de uma *colisão normativa* a ser solucionada através de harmonização legislativa.

3.5.1. Primeiro denominador comum: verificação de pelo menos um dever constitucional de ação do legislador

3.5.1.1. A associação da proibição do defeito à doutrina dos deveres de proteção

Numa fase inicial, a doutrina alemã começou por vincular a proibição do defeito aos chamados deveres de proteção³¹⁸². Vale a pena recordar alguns dos traços desse panorama teórico inicial.

³¹⁸¹ A questão parece ser consensual. V., por exemplo, **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 215, que a considera uma "questão prévia" (*Vorfrage*).

³¹⁸² A construção de **Canaris** é paradigmática: cfr. *supra*.

O contexto era o do debate sobre se os direitos fundamentais têm eficácia nas relações entre particulares (*Drittwirkung*³¹⁸³) e, em caso afirmativo, se essa eficácia é direta ou indireta³¹⁸⁴. A controvérsia sobre o tema suscitou um número significativo de pronunciamentos doutrinários. Admite-se que há direitos fundamentais específicos que só são aplicáveis nas relações entre particulares e Estado e que há direitos que são aplicáveis *sobretudo* nas relações entre particulares³¹⁸⁵, a respeito dos quais a questão da eficácia nas relações entre particulares não se coloca. Sobre os demais direitos, circulam múltiplas teses: negacionistas de toda e qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; de eficácia direta, com diversas variantes³¹⁸⁶; híbridas ou matizadas, como as da eficácia direta limitada³¹⁸⁷ ou a teoria dos três níveis³¹⁸⁸; de eficácia mediata ou indireta nas relações entre particulares.

Estas correntes doutrinárias influenciaram a interpretação do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição³¹⁸⁹, não obstante as patentes diferenças em relação ao texto constitucional alemão (artigo 1.º, n.º 3)³¹⁹⁰. Apesar de a redação constitucional portuguesa ser aparentemente mais favorável ou indiciadora da consagração da eficácia imediata, nega-se que seja suficiente para resolver o problema³¹⁹¹. Compreende-se, portanto, a variedade de posições, algumas mais próximas do

³¹⁸³ A expressão *Drittwirkung* tem sido objeto de crítica e começa a ser abandonada, por vezes substituída por outras igualmente criticadas, como a de efeito horizontal: cfr. **Ipsen**, *Staatsrecht II*, p. 22; **Andrade**, *Os Direitos...*, 5.ª ed., p. 230.

³¹⁸⁴ No contexto da CEDH, o desenvolvimento pretoriano da doutrina das obrigações positivas (também não previstas expressamente) a partir do final da década de 1970 seguiu um caminho diverso, embora se detetem categorias equivalentes às referenciadas no contexto alemão e noutros (obrigações de alteração de legislação ou de práticas administrativas, de prevenção de agressões de direitos de particulares por outros particulares, de estruturação de mecanismos processuais ou procedimentais): cfr., por todos, **Van Drooghenbroeck**, *La proportionnalité...*, pp. 135 ss.

³¹⁸⁵ Um dos mais notórios é o do direito de resposta (artigo 37.º). V., por todos, **Vital Moreira**, *O Direito de Resposta...*, pp. 98 ss.

³¹⁸⁶ **Nipperdey**, *Grundrechte...*, pp. 13 ss.; **Hager**, «Grundrechte im Privatrecht», pp. 373 ss.; **Bleckmann**, «Neue Aspekte der Drittwirkung...», p. 943.

³¹⁸⁷ **Lücke**, «Die Drittwirkung der Grundrechte...», p. 383.

³¹⁸⁸ **Alexy**, *Theorie...*, pp. 484 ss.

³¹⁸⁹ Cfr. **Carlos Mota Pinto**, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 71; **Andrade**, *Direitos...*, 5.ª ed., pp. 230 ss.; **Miranda**, *Manual...*, IV, 4.ª ed., pp. 286 ss.; **Abrantes**, *Vinculação...*, cit.; **Vasco Pereira da Silva**, «A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias», cit.; **Teles**, «Direitos absolutos e relativos», pp. 662 ss.; **Canotilho**, *Direito...*, 7.ª ed., pp. 1285 ss.; **Corrie**, *A Vinculação...*, cit.

³¹⁹⁰ Realçando a diferença, **Canotilho**, *Direito...*, 7.ª ed., p. 1288.

³¹⁹¹ **Andrade**, *Os Direitos...*, p. 241.

reconhecimento da eficácia mediata, outras da eficácia imediata. Todavia, parece haver uma matriz comum³¹⁹² que (i) distingue o regime aplicável consoante a diversidade de situações, aceitando em alguns casos a eficácia direta dos direitos fundamentais, (ii) admite um núcleo irreduzível de autonomia privada onde os direitos fundamentais não produzem efeitos diretos, (iii) sujeita as compressões de direitos por ato praticado no exercício da autonomia privada a um requisito mínimo de proibição do arbítrio³¹⁹³ e (iv) recorre a uma diretiva de concordância prática entre os vários interesses e princípios em presença em cada situação concreta de colisão entre o princípio da autonomia privada (reconhecendo-se que é, ele próprio, um veículo de coordenação e equilíbrio de interesses) e direitos fundamentais³¹⁹⁴. Por seu turno, a conceção maioritária na Alemanha é a da eficácia mediata ou indireta nas relações entre particulares³¹⁹⁵. Esta tese tem também inúmeras variantes. Aquela que associa eficácia indireta, deveres de proteção e proibição do defeito³¹⁹⁶ é vista como a mais sofisticada, sendo hoje predominante³¹⁹⁷.

³¹⁹² Matriz comum que não pode ignorar que a tendência é para a constitucionalização do ordenamento, com a consequente propensão de aplicação direta das normas constitucionais de direitos nas relações entre particulares: v., por todos, **Guastini, *La sintassi...***, pp. 206 ss.

³¹⁹³ Isto é: no domínio dos atos de entidades *não públicas* vigora um princípio geral de liberdade (com a ressalva da aplicação do princípio da especialidade às pessoas coletivas) que, em certas zonas da vida jurídica, se manifesta através do princípio de autonomia da vontade. Teoricamente, esta dará cobertura a atos que não ostentem uma finalidade racionalmente perceptível ou que revelem finalidades arbitrárias. Todavia, quando um ato praticado no exercício da autonomia da vontade tem como efeito a compressão de um bem, interesse ou valor tutelado por uma norma de direito, liberdade ou garantia, o ato tem de visar um fim identificável e esse fim não pode ser arbitrário. Trata-se de uma consequência do efeito horizontal destas normas, que vale mesmo que se adira à tese de que, em geral, as normas de direitos de liberdade não são diretamente aplicáveis nas relações entre particulares.

³¹⁹⁴ **Canotilho, *Direito...***, 7.ª ed., pp. 1290 ss.; **Andrade, *Os Direitos...***, 5.ª ed., p. 253; **Miranda, *Manual...***, vol. IV, 5.ª ed., pp. 339 ss. No mesmo sentido, na doutrina brasileira, **Sarlet**, «Direitos fundamentais...», p. 219.

³¹⁹⁵ A lista de autores é extensa. V., entre muitos, **Dürig**, «Grundrechte und Zivilrechtsprechung», p. 157; **Hesse**, «Bedeutung der Grundrechte», n.º marginal 56 ss.; **Stern, *Das Staatsrecht...***, vol. III/1, § 76; **Medicus**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», pp. 35 ss.; **Pietzcker**, «Drittwirkung Schutzpflicht Eingriff», pp. 345 ss.; **Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen...***, pp. 69 ss.; **Erichsen**, «Die Drittwirkung...», pp. 527 ss.; **Isensee**, «Grundrechte auf Ehre...», p. 13; *idem*, «§ 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», 3.ª ed., p. 416; **Ipsen, *Staatsrecht II***, p. 22; **Merten**, «Grundrechtliche...», p. 236.

³¹⁹⁶ Sem embargo, há vozes que notam que não existe incompatibilidade dogmática entre eficácia *direta* e deveres de proteção e até, numa visão mais extrema, que só a conceção da eficácia imediata ou direta garante bases sólidas para essa dogmática dos deveres de proteção. Nesse sentido, **Tzemos, *Das Untermaßverbot***, pp. 185 ss., 198-199.

³¹⁹⁷ **Tzemos, *Das Untermaßverbot***, p. 185; **Andrade, *Os Direitos...***, p. 239.

Tendo em conta este contexto e as preocupações iniciais, compreende-se que a "primeira vaga" da receção dogmática da proibição do defeito a vinculasse à doutrina dos deveres do Estado de proteção dos direitos fundamentais contra perturbações perpetradas por particulares (*Schutzpflichtenlehre*), no ambiente que se usa designar por constelações triangulares. Daí provém a tendência, que persiste, para estudar a proibição do defeito como parte da dogmática dos deveres de proteção³¹⁹⁸. A maior parte dos ensaios, incluindo alguns dos mais recentes, estudam a proibição do defeito como uma vertente ou um pilar da dogmática dos deveres de proteção³¹⁹⁹. A estrutura, conteúdo e metódica de aplicação da proibição do defeito são, nesse contexto, primordialmente determinados pelo sentido específico desses deveres.

3.5.1.2. O alargamento do âmbito da proibição do defeito a situações em que estão em causa outros deveres de ação que não apenas os de proteção

Contudo, a emancipação e maturação dogmática da figura da proibição do defeito passam por libertá-la dessa vinculação. Reconhece-se hoje que, não obstante a força gravitacional dos deveres de proteção, há outros deveres de agir relevantes para a teoria da proibição do defeito³²⁰⁰. Surgem construções doutrinárias que recusam o seu esgotamento na dogmática dos deveres de proteção e procuram evitar a distorção concetual decorrente desse esparranhamento.

Desenvolvimentos recentes apontam para uma *dogmática abrangente e unitária* dos *deveres constitucionais de ação positiva do legislador* (deveres de ação ou deveres de

³¹⁹⁸ Há mesmo quem entenda que a proibição do defeito só é aplicável em casos de constelações triangulares: assim **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 280; **Jorge P. Silva**, «Interdição de proteção insuficiente...», pp. 189-190.

³¹⁹⁹ Caso típico é o de **Alexy** (e o da maioria dos seus seguidores), que se concentra quase exclusivamente sobre os direitos à proteção, mesmo admitindo outros deveres de ação do legislador. Cfr. **Merten**, «Grundrechtliche...», *cit.*; **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», *cit.*; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., *cit.*

³²⁰⁰ Aliás, há mesmo quem só admita a autonomia dogmática plena da proibição do defeito nesses outros domínios, como sucede com quem entende que nos casos de constelações triangulares existe *congruência* entre proibição do excesso e proibição do defeito: cfr. **Lee**, «Grundrechtsschutz...», p. 309.

legislar), daí transitando para a caracterização do princípio da proibição do defeito como instrumento de mediação uniformemente aplicável a todas as situações em que o legislador³²⁰¹ está sujeito a um dever *prima facie* de agir ou de praticar ações positivas³²⁰².

Neste trabalho assume-se que a proibição do defeito incide sobre colisões que envolvem outros deveres de ação além dos deveres de proteção. Todavia, entende-se que não é viável uma *teoria unitária*, uniformemente aplicável a todas as situações que caem no seu âmbito de aplicação.

Por outro lado, não importam todos os deveres constitucionais de ação do legislador. Há deveres constitucionais de ação que, por virtude da sua extrema generalidade e indeterminação, não atingem um grau de espessura suficiente que permita a respetiva *sindicabilidade*³²⁰³. Deveres constitucionais gerais do legislador decorrentes das tarefas fundamentais do Estado (cfr. artigos 9.º e 81.º) ou deveres como os da prevenção de ameaças terroristas ou de ataques especulativos à economia nacional, de proteção contra as alterações climáticas ou contra a degradação da costa, de repressão do crime organizado, do branqueamento de capitais e da criminalidade económica e outros, não atingem o nível de densidade ou de determinação que permita a sindicabilidade do seu (in)cumprimento ou a sujeição ao crivo da proibição do defeito. Os deveres que relevam são os que resultam da Constituição com suficiente grau de determinação, seja expressamente (por exemplo, artigo 26.º, n.º 2, da Constituição), seja implicitamente (por exemplo, o dever de proteção do direito à vida ou à integridade física)³²⁰⁴.

Reconhece-se, sem embargo, que a fronteira entre a zona de sindicabilidade e a zona de não sindicabilidade é de difícil demarcação, sendo esse um dos aspetos críticos

³²⁰¹ Não nos interessam aqui as situações em que há dever de ação de outras instâncias, designadamente da autoridade administrativa, em alguns casos exigindo prestações fáticas e não normativas. V. **Jorge P. Silva, *Dever de legislar e proteção...***, p. 38.

³²⁰² **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 171; **Störring, *Das Untermaßverbot...***, pp. 41 ss.

³²⁰³ Não parece, todavia, que se possa falar de um *dever geral de produção legislativa* sem objeto determinado, diferentemente do que sustenta **Jorge P. Silva, *Dever de legislar e proteção...***, pp. 21 ss.

³²⁰⁴ A propósito, fala-se de dever específico de atuação: v., na doutrina nacional, **Jorge P. Silva, «Interdição de proteção insuficiente...»**, p. 189.

da dogmática da proibição do defeito. Certo é que o critério da sindicabilidade não se baseia na existência de *direitos subjetivos* a uma ação do legislador.

A doutrina mais representativa tende a concentrar-se em três núcleos de deveres que impõem legiferação. Com uma ou outra oscilação³²⁰⁵, são: (i) os deveres de proteção (ii); os deveres de concretização dos direitos sociais; e (iii) os deveres de organização e procedimento³²⁰⁶. Estes núcleos são unitariamente enquadrados por alguns autores no género *deveres de prestação em sentido amplo*³²⁰⁷.

Porém, embora esses sejam os mais relevantes do ponto de vista teórico e pragmático, o elenco dos *deveres de ação* do legislador é mais extenso, encontrando-se indicações na doutrina sobre os seguintes: (i) deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por outros particulares; (ii) deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por poderes estatais estrangeiros; (iii) deveres de emissão de normas estruturadoras de processos, procedimentos, organização e financiamento que possibilitem o exercício de certos direitos fundamentais; (iv) deveres de criação de condições de igualdade ou de eliminação de situações de desigualdade; (v) deveres de produção de normas legislativas que permitam a materialização dos direitos sociais, seja alocando recursos públicos, seja intervindo nas relações entre privados; (vi) deveres de produção de normas legislativas que protejam bens, interesses ou valores públicos fundamentais; (vii) deveres de produção de normas legislativas de prevenção e ação perante fenómenos (designadamente catástrofes) naturais.

³²⁰⁵ Por exemplo, **Novais, As restrições...**, p. 77, discrimina: a) o dever do Estado de proteção dos titulares dos direitos fundamentais contra agressões de terceiros; b) a garantia da efetividade de exercício dos direitos fundamentais; c) as prestações normativas e fácticas de organização e procedimento a que o Estado está obrigado para criar um ambiente e condições concretas adequadas para o exercício efetivo dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional português fala também de "dever de prestação de normas" (acórdão n.º 166/10, n.º 13).

³²⁰⁶ Ou, noutra perspetiva, *direitos à proteção*, a prestações sociais (ou a prestações em sentido estrito) e a organização e procedimento: v. **K. Hesse**, «Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland», in *EuGRZ* (1978), pp. 427 ss.; **Alexy, A Theory...**, p. 296; *idem*, «On constitutional rights to protection», *cit.* Também, **Borowski, Grundrechte...**, 2.ª ed., pp. 209 ss., *passim*; **La estructura...**, p. 144 (considerando a tripartição consensual); **Clérico**, «Sobre la prohibición...», p. 171; **Maribel Pascual, El Tribunal Constitucional...**, pp. 40 ss. Todavia, há *nuances* de autor para autor: cfr. **Hain**, «Ockham's Razor - ein Instrument zur Rationalisierung...», p. 1041; **Pulido, El principio...**, p. 806, falando de direitos de proteção *lato sensu*.

³²⁰⁷ **Borowski, Grundrechte...**, 2.ª ed., pp. 209 ss., *passim*; **La estructura...**, p. 144; **Sarlet, A eficacia...**, pp. 185 ss.

Consoante os deveres de ação pressupostos pela aplicação da proibição do defeito visem ou não a tutela direta e imediata de posições jurídicas de direitos fundamentais, assim se pode falar de proibição jus-fundamental e de proibição *não* jus-fundamental do defeito. Todavia, a distinção tem mais interesse analítico do que de regime.

3.5.1.2.1. Deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por outros particulares

Deveres de proteção (*Schutzpflichten*) são deveres do legislador de proteger os direitos fundamentais de particulares contra os riscos ou ameaças de interferências ou de lesões cometidas por entidades não públicas³²⁰⁸. Trata-se de deveres *prima facie*. A colisão mais frequente desses deveres *prima facie* de proteção de direitos fundamentais, sejam de liberdade ou sociais, é com deveres *prima facie* de abstenção resultantes de outros direitos fundamentais, de liberdade ou sociais³²⁰⁹. Na situação mais comum, para cumprir o dever *prima facie* de proteção de posições jurídicas subjetivas que recaem no âmbito de direitos de liberdade, o legislador tem de interferir no conteúdo ou no exercício de posições jurídicas jusfundamentais que *prima facie* recaem no âmbito de direitos de liberdade de outros sujeitos³²¹⁰ (no

³²⁰⁸ Estes deveres de proteção não podem ser confundidos com aquilo que alguma doutrina qualifica como deveres do legislador de criar direitos fundamentais novos de natureza análoga aos previstos na constituição, com vista à *proteção* da dignidade da pessoa humana. Assim, **Jorge P. Silva, Dever de legislar e protecção...**, p. 37.

³²⁰⁹ Designadamente e não exclusivamente. O legislador está também sujeito a deveres de proteção da vertente negativa dos direitos sociais dos particulares contra interferências de outros particulares. Coincidente, **Jorge P. Silva, Dever de legislar e protecção...**, p. 40. Cfr. o acórdão n.º 423/08, do Tribunal Constitucional, onde se alude à vertente negativa do direito social à proteção da saúde.

³²¹⁰ Sendo possível que a par do dever de abstenção haja outros bens, interesses ou valores, eventualmente sem patente constitucional, que também pesem. Por exemplo, o fator financeiro, o segredo militar sobre questões relevantes para a defesa nacional, as considerações relevantes para a política externa. Cfr. **Matthias Mayer, Untermaß, Übermaß...**, pp. 29-30. Nestas situações, o legislador é o próprio "portador" do bem, interesse ou valor colidente com o dever de proteção (*idem, ob. cit.*, p. 31).

limite, no âmbito do direito geral de liberdade³²¹¹), infringindo o dever de se abster de interferências. Tipicamente, o legislador *proíbe* ou *ameaça a punição* de comportamentos, *limita ou suprime* o acesso a certos bens³²¹². É a este propósito que se fala de constelações triangulares ou multipolares (*Dreieckskonstellationen*³²¹³) e de proteção através de restrição (*Schutz durch Eingriff - Konstellationen*³²¹⁴).

A questão do fundamento dos deveres de proteção é complexa. Numa perspetiva histórica, sublinha-se que a função de proteção dos direitos tem raízes mais antigas do que a função de defesa dos direitos fundamentais e do que o próprio Estado constitucional. O Estado moderno nasceu com base na aspiração de proteção da comunidade e dos cidadãos, na sua existência física em relação aos demais³²¹⁵. Quando o Iluminismo e as revoluções liberais deram prioridade à defesa dos direitos e de um espaço de liberdade e autonomia dos cidadãos perante o Estado (segurança perante o Estado), isso não tornou supérfluo nem ultrapassado o anterior objetivo da segurança *através* do Estado. O que surge de novo é a formalização constitucional

³²¹¹ No ordenamento constitucional português admite-se que o direito geral de liberdade é uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1, da CRP). V., por todos, **Paulo Mota Pinto**, «O Direito ao Livre Desenvolvimento...», p. 162.

³²¹² V., por exemplo, **Nitz**, *Private...*, p. 369.

³²¹³ Entre muitos, **Hermes**, *Das Grundrecht auf Schutz...*, pp. 201 ss.; **Hesse**, «Der verfassungsgerichtliche...», p. 546; **Calliess**, *Rechtsstaat und Umweltstaat...*, p. 256. Na realidade, pode haver diferentes relações triangulares, com mais do que uma vítima e mais do que um perturbador. Há outras expressões equivalentes, como *Rechts-Dreieck* (**Isensee**, *Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, de Gruyter, Berlin/New York, 1983, p. 34; **Dietlein**, «Das Untermaßverbot», p. 135; **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, p. 31) ou *Störerdreieck* (**Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 962). As constelações triangulares são, portanto, relações jurídico-constitucionais multipolares que colocam em tensão três ângulos: o da fonte de perturbação de um direito, designadamente a ação de um particular (nunca uma autoridade pública, uma vez que nesse caso se estará no domínio da função de defesa e não de proteção: **Ipen**, *Staatsrecht II*, n.º margem 106) que perturba um bem jusfundamentalmente protegido de outro particular, com isso expondo o seu próprio direito de defesa perante o Estado; o do particular ("vítima") que vê o seu direito perturbado pelo exercício do direito do perturbador e que tem perante o Estado um direito à proteção contra a perturbação; o do Estado, que tem simultaneamente o dever de não intervir no direito do perturbador e o dever de proteger o direito da vítima. Importa notar, com **Isensee**, «§ 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», 3.ª ed., p. 416, que o modelo *Dreieck* é apenas um modelo típico idealizado. Na doutrina nacional, **Miranda/Medeiros**, *Constituição...*, tomo I, 2.ª ed., p. 343.

³²¹⁴ **Rainer Wahl / Johannes Masing**, «Schutz durch Eingriff», in *JZ*, vol. 45 (1990), pp. 553 ss.

³²¹⁵ **Isensee**, «§ 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», 3.ª ed., p. 419; outras indicações em **Merten**, «Grundrechtliche...», pp. 222 ss.; **Šušnjar**, *Proportionality...*, pp. 290 ss. (concluindo que a conceção dos direitos como prototípicos direitos de defesa não corresponde à conceção "tradicional", ao invés do que sustentam **Böckenförde** e outros).

desse objetivo, bem com a alteração dos seus pressupostos e consequências³²¹⁶. Os direitos de proteção são a expressão moderna da antiga teleologia securitária do Estado constitucional, assente no monopólio do uso da força pelo Estado e na proibição da autodefesa³²¹⁷.

Não obstante as ideias claras sobre a sua proveniência, por vezes falece o consenso sobre a credencial constitucional dos deveres de proteção.

Não é o caso de Portugal, onde a sua base normativa é sólida: desde o artigo 18.º, n.º 1, na parte em que vincula o legislador e entidades privadas aos direitos fundamentais³²¹⁸, até ao artigo 18.º, n.º 2, na medida em que aceita explicitamente leis restritivas de direitos, liberdades e garantias que têm o fim de salvaguardar *outros direitos*, passando pela generosa consagração de deveres positivos resultantes de direitos sociais que, por maioria de razão, indiciam deveres positivos de proteção de direitos negativos.

Diferentemente, noutros ordenamentos ou são geralmente rejeitados, como nos EUA³²¹⁹, ou, na ausência de alicerces normativos inequívocos, são objeto de controvérsia. Assim sucede na Alemanha, onde o debate plural e profundo tem tido o mérito de iluminar as raízes dogmáticas do instituto ³²²⁰. Aí a tendência dominante aponta para a sua radicação na conceção dos direitos fundamentais como ordem ou sistema de valores objetivos que vincula toda a ordem jurídica³²²¹. Entre

³²¹⁶ **Isensee**, «§ 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht ...», p. 419.

³²¹⁷ Sobre isto, por exemplo, **Murswiek**, *Die staatliche Verantwortung...*, pp. 102 ss.

³²¹⁸ V., por todos, **Miranda/Medeiros**, *Constituição...*, tomo I, 2.ª ed., p. 342; **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, pp. 38, 44. A ancoragem dos deveres de proteção simplesmente neste preceito pode ser, porém, questionável, designadamente quando se pensa nos deveres de proteção da vertente negativa de direitos sociais.

³²¹⁹ Nos EUA a tendência é para os rejeitar ou, pelo menos, para rejeitar *direitos* à proteção: assim, **Cross**, «The Error of Positive Rights», pp. 864-865. E mesmo os autores que os admitem (v., por exemplo, **Richard Posner**, «The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe - and for the United States», in *Tulsa Law Journal*, vol. 32 (1996), pp. 1 ss.), tendem a conceder que não são judicialmente oponíveis. Todavia, **Cross** (*ob. cit.*, p. 873) admite que a "*state action condition*" da 14.ª Emenda tem sido interpretada por alguma doutrina de modo suficientemente amplo para alicerçar um *direito à proteção contra atos de particulares*.

³²²⁰ Por exemplo: (i) o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais; (ii) o fim do Estado de garantia da segurança dos cidadãos; (iii) o núcleo central da dignidade humana; (iv) o princípio do Estado social; (v) a assimilação dos deveres de proteção aos direitos de defesa: v. a exposição sumária em **Störing**, *Das Untermaßverbot...*, pp. 29 ss.

³²²¹ Não obstante haver autores que refutam a necessidade de recorrer às teorias dos valores para justificar a extensão das funções dos direitos em relação à sua configuração de direitos de defesa: **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 294. A construção dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores emergiu na jurisprudência do *BVerfG* no caso *Lüth-Urteil* (1958), mas tem antecedentes no

os subprodutos dessa conceção avulta o efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*)³²²² e uma função de "segunda geração" dos direitos fundamentais (SCHERZBERG), materializada num dever geral de garantia da respetiva efetivação atribuído ao Estado. Ao Estado, nesta sua nova faceta de "amigo dos direitos fundamentais"³²²³, incumbiria "zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados"³²²⁴.

Apesar da sua grande difusão, esta doutrina não é unânime. Desde logo, a ideia de uma pirâmide teleológica (*Stufenpyramide der Zweckebenen*), com vários patamares de objetivos do Estado, na base da qual estariam os deveres de proteção, pode suscitar relutância³²²⁵. Por outro lado, pesam os argumentos de quem prenuncia

ambiente constitucional de Weimar (1919), nomeadamente nas doutrinas das garantias institucionais (**Martin Wolff** e **Carl Schmitt**) e da dimensão axiológica da Constituição (**Rudolf Smend**). A literatura é inabarcável. Entre outros: **Böckenförde**, *Stato, costituzione...*, pp. 212 ss.; **Sarlet**, «Constituição e Proporcionalidade...»; **Alexy**, «On constitutional rights...» *cit.*; **Horst Dreier**, «Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte», in *JURA* (1994), pp. 509 ss.; **Jarass**, «Die Grundrechte...», pp. 39 ss.; **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 264. Mas continua a haver vozes críticas - muito minoritárias, é certo - em relação à fundamentação dos deveres de *proteção* na função objetiva dos direitos fundamentais: v., por exemplo, **Enders**, in Friauf/Höfling, *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2003, art. 1, número marginal 135 (*apud Matthias Mayer*, *Untermass...*, p. 13); **Pascual**, «Los derechos fundamentales a la protección penal», pp. 353 ss. ("uma tese que não se demonstra"). Para o último autor, aquele argumento, além do mais, não explica por que é que os cidadãos, de acordo com a doutrina maioritária, têm um *direito subjetivo* ao cumprimento destas obrigações. A ancoragem dos deveres de proteção na dimensão objetiva dever-se-ia simplesmente à circunstância de a tese ter sido construída a partir das sentenças do BVerfG sobre o aborto (1975 e 1993), onde se fixou o dever de proteção do nascituro resultante do direito objetivo, sem contudo se poder atribuir ao mesmo nascituro um *direito subjetivo* à proteção; também, **Hain**, «Ockham's Razor - ein Instrument zur Rationalisierung...», p. 1041. A ancoragem dos deveres de proteção na dimensão objetiva tem acolhimento na jurisprudência constitucional portuguesa: v., por todos, o acórdão n.º 75/10 e acórdãos aí citados. Na doutrina portuguesa, **Novais**, *As restrições...*, pp. 59 e ss.

³²²² V., entre muitos, (em alguns casos com forte sentido crítico), **Ossenbühl**, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung», in Badura/Scholz (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstags von Lerche*, Beck, München, 1998, p. 83; **Böckenförde**, *Stato, costituzione...*, p. 221; **Maribel Pascual**, *El Tribunal Constitucional...*, pp. 48 ss.

³²²³ **Dietlein**, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, pp. 17 ss.; **Stern**, *Staatsrecht* III, p. 946.

³²²⁴ Reproduzimos a síntese de **Sarlet**, «Constituição e Proporcionalidade...», p. 21, a partir de **Hesse**, *Grundzüge...*, p. 155 e **Michael Sachs**, «Vorbermerkungen zu Abschnitt I», in Michael Sachs (org), *Grundgesetz-Kommentar*, C. H. Beck, München: C.H. Beck, 1996, pp. 79-80. Cfr., também, **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 45; **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 960; **Lee**, «Grundrechtsschutz...», pp. 300 ss.

³²²⁵ V. a proposta de **Isensee**, «§ 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», 3.ª ed., p. 420.

um enfraquecimento dos direitos fundamentais ou da sua função original de defesa, na medida em que a proteção dos direitos de alguns requeira a restrição pelo legislador dos direitos de outros. Há ainda quem alerte para o risco de se degradar a decisão do legislador a mera execução da constituição^{3226/3227}.

Estes argumentos críticos ganham particular acutilância quando se admita que os deveres *objetivos* de proteção implicam correlativamente direitos *subjetivos* dos particulares (cuja violação é sindicável nos tribunais e suscetível de recurso de amparo³²²⁸) à proteção do Estado contra as interferências de outros particulares³²²⁹. Uma corrente relevante rejeita ou mostra-se cautelosa em relação a isso³²³⁰. Mas boa parte da doutrina pende para a aceitação da existência de

³²²⁶ Do risco de mudança da função da constituição e de alteração da organização dos poderes e da criação de um Estado jurisdicional (*verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat*) fala **Böckenförde**, «Grundrechte als Grundsatznormen», in *Der Staat* 29 (1990), p. 28; *idem*, **Stato. costituzione...**, pp. 250 ss.; da "constitucionalização de toda a ordem jurídica" falam **Schuppert/Bumke**, **Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung...**, *cit.* Sobre isto, **Störring**, **Das Untermaßverbot...**, pp. 56 ss. (considerando, porém, excessiva a posição de abandono total da função objetiva dos direitos, p. 60).

³²²⁷ Na impossibilidade de desenvolver aqui o tema, v. uma súmula em **Pascual**, «Los derechos fundamentales a la protección penal», pp. 350 ss.; **Störring**, **Das Untermaßverbot...**, pp. 29 ss.

³²²⁸ **Jarass**, «Die Grundrechte...», p. 46.

³²²⁹ Discutindo o tema mais geral da existência de *um direito à emanção de normas*, v., por todos, na doutrina nacional, **Canotilho**, **Constituição dirigente...**, pp. 339 ss.

³²³⁰ Na doutrina alemã, **Jörn Ipsen**, **Staatsrecht II...**, pp. 32-33, invoca problemas de reciprocidade e de competência e um dilema de direito processual constitucional (referente à queixa constitucional ou *Verfassungsbeschwerde*), desfavoráveis à existência de direitos subjetivos à proteção. **Isensee** sustenta que, em princípio, ao dever objetivo de proteção do Estado apenas corresponde um direito subjetivo formal à proteção. Tratar-se-ia de um direito necessariamente mediado pela lei (os direitos à proteção são direitos *perante e através* do Estado, enquanto os direitos de defesa são direitos *perante* o Estado: *Schutz durch den Staat, Schutz vor dem Staat*) que só sob pressupostos específicos corresponderia a um direito subjetivo a uma medida específica de proteção: «§ 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht...», 3.^a ed., p. 414. **Starck**, **Praxis...**, p. 70, ensina que só há direito subjetivo à proteção quando, excecionalmente, a constituição fala expressamente de proteção (como no caso do artigo 26.^o, n.^o 2, da Constituição portuguesa, diríamos nós); **Sarlet**, **A eficácia...**, p. 193. Outros assinalam o desencontro entre o caráter geral e abstrato da lei e o caráter individual de qualquer pretensão à melhoria da lei (**Dietlein**, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, pp. 170-171). O *BVerfG* tem mantido alguma ambiguidade (cfr. **Störring**, **Das Untermaßverbot...**, pp. 61-62). Na doutrina nacional, nesse sentido cauteloso, v., por todos, **Andrade**, **Os Direitos...**, 5.^a ed., pp. 144 ss. **Jorge P. Silva**, **Dever de legislar e protecção...**, pp. 41 ss., conclui, em geral, que a doutrina se tem mostrado reticente e a jurisprudência avessa.

direitos subjetivos³²³¹, havendo divergências sobre se estes têm natureza *absoluta* ou *relativa*, no sentido civilístico do termo³²³².

No entanto, fora dos casos em que a constituição consagre com suficiente objetividade um dever e um direito à proteção³²³³, a automaticidade da correlação entre deveres de proteção e direitos à proteção enfrenta várias críticas. Desde logo, a crítica formal que denuncia a circularidade da argumentação: associada ao reconhecimento de direitos (subjetivos) fundamentais há uma dimensão objetiva; da dimensão objetiva das normas dos direitos fundamentais decorrem deveres objetivos de proteção³²³⁴; a partir dos deveres objetivos de proteção desencadeia-se um processo de "re-subjetivação" (*Re-Subjektivierung*), donde resultam direitos subjetivos à proteção pelo legislador³²³⁵.

Por outro lado, há que ter em conta a estrutura que tais direitos subjetivos teriam. Os próprios adeptos dos direitos subjetivos à proteção reconhecem a diferença estrutural entre eles e os direitos de defesa. Uma das formulações com mais adeptos é a de ALEXY³²³⁶: os direitos de defesa proíbem a destruição, o impedimento ou o prejuízo de algo, impõem uma abstenção. Quando há um dever de abstenção, *todas as ações positivas* estão em princípio proibidas (estrutura *conjuntiva*). Os direitos de defesa exigem uma não interferência, que se cumpre com a omissão de *toda e qualquer* medida. O titular do direito subjetivo tem um direito de tipo universal a

³²³¹ Alexy, *A Theory...*, p. 300; Scherzberg, «'Objektiver' Grundrechtsschutz und subjektives Grundrecht», in *DVBl* (1989), pp. 1128 ss.; *idem*, *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität"...*, p. 221 (sustentando a tese inovadora de que o direito subjetivo é originado pela violação da proibição do defeito:); Jarass, «Die Grundrechte...», pp. 48 ss.; *idem*, «Art. 1», in Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG Kommentar*, 13.^a ed., Beck, Munique, 2014; Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß...*, p. 148; Barak, *Proportionality...*, p. 428. Talvez a tese mais diferenciada seja a de Robbers, na medida em que sustenta a derivação de direitos subjetivos à proteção do primado do direito subjetivo sobre o direito objetivo e da anterioridade do primeiro em relação ao segundo (Robbers, *Sicherheit...*, pp. 146 ss.). Cfr. a discussão em Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 36; Störing, *Das Untermaßverbot...*, pp. 60 ss.

³²³² Isto é, oponíveis a *todos*, particulares e Estado, ou apenas ao Estado. V. Merten, «Grundrechtliche...», p. 231; para uma discussão dos conceitos, Teles, «Direitos absolutos e relativos», *cit.*

³²³³ Hesse, *Grundzüge...*, p. 186, fala da necessidade de uma previsão suficientemente detalhada por parte do direito objetivo.

³²³⁴ Para Klein, «Das Untermaßverbot...», p. 960, os deveres fundamentais de proteção são hoje a figura central da dimensão objetiva nos direitos fundamentais.

³²³⁵ Sobre isso, Lee, «Grundrechtsschutz...», p. 301.

³²³⁶ «On Constitutional Rights...», p. 5; «Sobre la estructura...», p. 122. V., também, Klatt / Meister, *The Constitutional...*, pp. 88 ss.

que toda e qualquer ação seja omitida. A sua perturbação através de uma interferência tem forçosamente como oposto (único) a omissão dessa interferência³²³⁷. Em contraste, os direitos de proteção extraem-se de comandos que obrigam a proteger, salvar ou amparar algo e têm uma estrutura de *alternatividade*. Quando há um dever de proteção, não estão comandadas todas as ações possíveis; existe uma *alternativa* entre várias hipóteses (estrutura *disjuntiva* ou *alternativa*). Vendo pelo ângulo do sujeito ativo, não há um direito subjetivo dirigido a *uma* medida específica ou a *todas* as medidas que assegurem a proteção; há sim direito a *uma qualquer* ação que assegure que a proteção é atingida. Esta estrutura alternativa implica que a omissão inconstitucional não tem *um único contrário* constitucionalmente conforme, uma única possibilidade de ação, mas tantas alternativas quantas existam, havendo, em princípio, liberdade de fixação dos meios³²³⁸.

Consequentemente, da constituição decorre, por norma, apenas o fim da proteção, cuja efetivação está sujeita a uma ampla liberdade de conformação do legislador³²³⁹. Parece, por isso, que a conceção de um direito subjetivo a *uma qualquer* ação que assegure que a proteção é atingida não pode deixar de ser vista como a fórmula de um direito subjetivo de segunda ordem ou *enfraquecido* - uma simples *pretensão legítima* - e com possibilidade de imposição judicial limitada.

Mas mesmo naqueles casos em que se admita que o legislador está obrigado à escolha de certos meios de proteção, como, por exemplo, sanções penais, atenta a sua eficácia preventiva e repressiva, é difícil conceber um direito subjetivo à definição legislativa de tais sanções ou até à respetiva imposição individual a certos indivíduos³²⁴⁰.

³²³⁷ V., também, **Klatt / Meister, *The Constitutional...***, pp. 88-89 ("as ações ilegais positivas do Estado [...] têm um oposto definitivo, isto é, a omissão dessa mesma ação ilegal"); **Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte...***, cit. A construção é discutível. De um certo ângulo, pode dizer-se que as ações ilegais positivas do Estado de interferência em direitos têm como oposto a omissão dessas ações ou a prática de ações positivas de interferência constitucionalmente válidas.

³²³⁸ Contudo, diferentemente daquilo que, na senda de **Alexy**, parece decorrer do que escrevem **Klatt / Meister, *The Constitutional...***, pp. 105-106, nem se pode dizer que nestes casos *há forçosamente* liberdade de escolha dos meios, nem se pode afirmar que *só nestes* casos há liberdade de escolha dos meios.

³²³⁹ Como defende **Alexy, *Theorie...***, p. 420.

³²⁴⁰ **Merten**, «Verhältnismässigkeitsgrundsatz», n.º marginal 89.

3.5.1.2.2. Deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por poderes estatais estrangeiros³²⁴¹

Trata-se de deveres gerais de criação de condições de defesa nacional de proteção do Estado e da comunidade política, bem como dos cidadãos, contra qualquer atividade de potências estrangeiras³²⁴².

3.5.1.2.3. Deveres de emissão de normas estruturadoras de processos, procedimentos, organização e financiamento que possibilitem o exercício de certos direitos fundamentais

De acordo com a doutrina predominante, os deveres de emissão de normas estruturadoras de processos, procedimentos, organização e financiamento³²⁴³ que possibilitem o exercício de certos direitos fundamentais integram o núcleo de deveres cujo (in)cumprimento é passível de sujeição ao crivo da proibição do defeito. Têm como contrapartida os direitos à produção de normas de processo, procedimento, organização e financiamento³²⁴⁴ que permitem materializar o que

³²⁴¹ A referência à proteção contra o poder estatal externo é aditada por **Sarlet**, «Constituição e Proporcionalidade...», p. 21, **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 192, e outros, contrariando a tendência majoritária para colocar no vértice respetivo das constelações triangulares exclusivamente os particulares perturbadores dos direitos de outros particulares.

³²⁴² **Isensee**, «§ 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», 3.^a ed., p. 419, fala, a este propósito, de *segurança física*, mas trata-se de mais do que isso.

³²⁴³ Com uma ou outra variação, esta é a terminologia geralmente usada, não obstante as críticas que se lhe podem endereçar: v. **Alexy**, *A Theory...*, pp. 316-317, apontando-lhe a imprecisão técnica e a ambiguidade e admitindo que bastaria falar de direitos procedimentais ou direitos a posições procedimentais.

³²⁴⁴ Não obstante a fórmula perentória do texto, a questão da subjetivização dos deveres de organização e procedimento está longe de ser consensual. Na medida em que os direitos a organização e procedimento decorrem diretamente de direitos fundamentais subjetivos (por exemplo, o direito subjetivo a votar), **Alexy**, *A Theory...*, p. 319, admite, pelo menos em abstrato, a possibilidade de existência de *direitos subjetivos* à emissão pelo legislador de normas de organização e procedimento (invocando jurisprudência do *BVerfG*), mas remete para a apreciação de cada dever em concreto; em sentido inverso, admitindo apenas a natureza *objetiva* daqueles deveres, **Ulrich**

HÄBERLE crismou de *status activus processualis*³²⁴⁵. Trata-se de uma categoria dogmática que não poderemos aqui estudar desenvolvidamente³²⁴⁶, mas a questão suscita algumas considerações.

As fronteiras em relação às anteriores categorias (particularmente a primeira) nem sempre são fáceis de delinear com nitidez³²⁴⁷. Estes deveres do legislador resultam de normas de direitos incidentes sobre organização ou procedimento, como sucede nos casos dos direitos processuais ou dos direitos de participação política (o direito ao sufrágio, o direito de acesso a cargos públicos ou o direito de petição), ou decorrem da necessidade de o Estado criar condições organizativas e procedimentos que sejam instrumentais ao exercício - e até, porventura, ao controlo do exercício - de outros direitos, como o direito de reunião ou à manifestação. Em todos esses casos, o legislador está obrigado a criar os quadros regulatórios e organizativos adequados a permitir que tais direitos se possam exercer: leis processuais, leis eleitorais e do recenseamento, organização de processos eleitorais, normas sobre concursos e habilitações para acesso a empregos públicos, normas sobre o procedimento para o exercício do direito de petição, normas sobre a comunicação prévia da intenção de manifestação, etc.³²⁴⁸.

A consideração da fulcral importância do cumprimento destes deveres para o funcionamento do modelo de sociedade arquitetado pela Constituição e para o pleno exercício de direitos fundamentais é suficiente para lhes atribuir uma energia igual

Klaus Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts: zur Kritik d. Funktionsweise d. subjektiven Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt a.M, 1979, pp. 189 ss.

³²⁴⁵ Häberle, *Grundrechte...*, pp. 43 ss. Cfr., também, Hesse, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte*, pp. 434 ss.; Canotilho, «Tópicos de um curso...», p. 152.

³²⁴⁶ V., em geral, Häberle, *Grundrechte...*, *cit.*; Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien...*, *cit.*; Herbert Bethge, «Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organization und Verfahren», in *NJW* (1982), pp. 1 ss.; Canotilho, «Tópicos de um curso...», *cit.*; Bergner, *Grundrechtsschutz durch Verfahren...*, *cit.*; Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...*, pp. 52 ss.

³²⁴⁷ Assim, por exemplo, Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...*, p. 52; um exemplo claro de ausência de nitidez é o que resulta do tratamento de Gavara de Cara, *Derechos fundamentales...*, pp. 183 ss.

³²⁴⁸ Alexy, *Teoria...*, pp. 467 ss., fala de quatro categorias: deveres de formulação de normas legais constitutivas de institutos de direito privado; deveres de emanção de normas processuais e procedimentais aptas a garantir uma protecção jurídica efetiva; deveres de criação de normas organizatórias conformes aos direitos; deveres de criação de normas que facultem aos cidadãos a possibilidade de participarem na formação da vontade estatal. Por outro lado, Canotilho, «Tópicos para um curso...», p. 20, estabelece sete tipos de relações entre procedimento-processo- organização e os direitos. Cfr., também, Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...*, p. 52.

ou superior aos deveres de proteção. Em alguns casos, o chamado núcleo mínimo do dever de ação coincide em boa medida com a sua extensão ideal. Significa isso que se trata de deveres cuja componente material apenas *prima facie* é reduzida. Nessa medida, a aplicabilidade da proibição do defeito em *sentido próprio*, isto é, como instrumento racionalizador de operações de harmonização em situações de colisão, é também limitada.

Por outro lado, mesmo que contenham uma coroa normativa suscetível de acomodação, estes deveres possuem uma pretensão de prevalência perante princípios ou bens, interesses ou valores conflitantes porventura superior à dos deveres de proteção ou dos deveres de materialização dos direitos sociais.

3.5.1.2.4. Deveres de produção de normas legislativas que permitam a materialização da vertente positiva dos direitos sociais, alocando recursos públicos ou intervindo nas relações entre particulares

O legislador está sujeito a deveres de materialização dos direitos sociais³²⁴⁹. Isso decorre da tarefa do Estado social de organizar a sociedade ou alguns dos seus grupos específicos como *comunidade de solidariedade*³²⁵⁰. Enquanto os deveres de proteção são construídos com vista à proteção dos particulares nas relações com outros particulares, os deveres de materialização dos direitos sociais são vistos como veículo de agregação social e de proteção contra riscos sociais e do mercado³²⁵¹.

Não se pode desenvolver aqui todo o debate que a estrutura destes direitos e deveres suscita. Para efeitos do presente trabalho, importa apenas reter que o *grau de obrigatoriedade* ou de vinculatividade dos deveres de materialização destes direitos é semelhante ao que a constituição associa aos deveres de proteção. Porém,

³²⁴⁹ Sendo consensual que a concretização dos direitos sociais não depende apenas de ações do legislador. Por todos, **Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...***, p. 35.

³²⁵⁰ **Isensee**, «§ 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», 3.^a ed., p. 419.

³²⁵¹ **Isensee**, *idem*.

as posições jurídicas subjetivas que decorrem dos direitos sociais são normalmente mais indeterminadas, estão mais dependentes dos juízos de oportunidade do legislador e da sua liberdade de conformação e são mais sensíveis à conjuntura³²⁵².

3.5.1.2.5. Deveres de criação de condições de igualdade ou de eliminação de situações de desigualdade

Alguns autores consideram que há inconstitucionalidade por omissão quando o legislador não cumpre o dever de eliminar uma desigualdade ou de repor a igualdade em situações de diferenciação injustificada³²⁵³. Pode suscitar-se a questão de saber onde começa a violação da proibição do defeito e onde termina a violação do princípio da igualdade. Seguramente, trata-se de duas normas de ação e de controlo do legislador que funcionam autonomamente.

3.5.1.2.6. Deveres de produção de normas legislativas que protejam bens, interesses ou valores públicos fundamentais

Deveres de produção de normas legislativas que protejam bens, interesses ou valores públicos fundamentais extraem-se, por exemplo, do artigo 66.º, n.º 2, nomeadamente quando incumbe o Estado de, através de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos, "prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão" (alínea a) e "ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades,

³²⁵² Sobre a aplicação da proibição do defeito aos deveres de operacionalização dos direitos sociais, v., por todos, **Clérigo**, «Das Untermaßverbot...», *cit.*, embora em termos diferentes dos do texto.

³²⁵³ **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, pp. 21, 58 ss., 66 ss., *passim*; **Miranda**, *Manual...*, VI vol., 2.ª ed, pp. 361, 368.

um equilibrado desenvolvimento socioeconómico e a valorização da paisagem" (alínea b)³²⁵⁴.

3.5.1.2.7. Deveres de produção de normas legislativas de prevenção e ação perante fenómenos (designadamente catástrofes) naturais

Na doutrina não é unânime a aceitação de deveres de proteção resultantes de riscos naturais³²⁵⁵. Pelo menos, a possibilidade de direitos subjetivos parece de afastar.

3.5.2. Segundo denominador comum: colisão normativa entre deveres do legislador ou entre deveres de ação e permissões a ser solucionada através de harmonização legislativa

Para que a proibição do defeito seja convocada, é necessário que haja uma colisão entre deveres de ação referidos nos parágrafos anteriores e outros deveres do legislador ou permissões de promoção de certos bens, interesses ou valores não recobertos por qualquer dever de ação³²⁵⁶.

Há casos de deveres do legislador a propósito dos quais é difícil conceber colisões com outros deveres ou com permissões de prossecução de outros bens, interesses ou valores que devam ser resolvidas através de lei harmonizadora.

Assim, os deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por potências estrangeiras não colidem, regra geral, com

³²⁵⁴ Cfr. o artigo 20.º da GG (com vantagem para o preceito alemão, que alude à proteção através da legislação); **Tzemos, *Das Untermaßverbot***, p. 139.

³²⁵⁵ A favor, **Dietlein, *Die Lehre...***, p. 103; **Hans Klein**, «Die grundrechtliche...», p. 490; **Lee**, «Grundrechtsschutz...», p. 304; **Miranda/Medeiros, *Constituição...***, tomo I, 2.ª ed., p. 343. Contra, **Eckart Klein**, «Grundrechtliche...», p. 1633; **Unruh, *Zur Dogmatik...***, p. 21; **Merten**, «Grundrechtliche...», p. 237.

³²⁵⁶ Exemplos, eventualmente sem patente constitucional: o segredo militar sobre questões relevantes para a defesa nacional, as considerações relevantes para a política externa, a gestão dos recursos orçamentais. Cfr. **Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß...***, pp. 29-30. Nestas situações, o legislador não é o vértice de uma constelação triangular, cujos outros dois vértices são pretensões a ele dirigidas por outros tantos sujeitos. O legislador é o próprio "portador" do bem, interesse ou valor colidente com o dever de proteção (*idem, ob. cit.*, p. 31).

outros deveres do legislador ou com permissões de promoção de bens, interesses ou valores colidentes. Nestas situações, admitindo-se a existência de um dever jurídico-constitucional de ação do legislador, ele deve ser cumprido na sua extensão máxima³²⁵⁷.

3.5.2.1. Modalidades de colisões normativas

Tendo em conta as categorias de deveres de ação do legislador enunciadas, relevam várias modalidades de colisão para efeitos da aplicação da proibição do defeito. Desde logo, hipóteses puras: (i) colisão entre um dever constitucional de ação e um dever constitucional de abstenção; (ii) colisão entre dois deveres constitucionais de ação; (iii) colisão entre um dever constitucional de ação e uma permissão de prossecução de bens, interesses ou valores não cobertos por nenhum dever constitucional.

3.5.2.1.1. Colisões entre deveres de proteção de direitos e deveres de abstenção

No caso dos deveres de proteção, a colisão é um elemento constitutivo dos próprios deveres: os deveres de proteção definem-se como os deveres de intervir sobre posições jurídicas subjetivas colidentes cobertas *prima facie* por deveres de abstenção.

³²⁵⁷ **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 270.

3.5.2.1.2. Colisão entre deveres de proteção de bens, interesses ou valores públicos e deveres de abstenção

O cumprimento dos deveres de proteção de bens, interesses ou valores *públicos* pelo legislador exige frequentemente a interferência em direitos de particulares em relação aos quais existe um dever de abstenção (direito ao desenvolvimento da personalidade, direito de propriedade, liberdade de iniciativa económica, direito de deslocação e outros), gerando-se uma colisão entre deveres.

3.5.2.1.3. Colisões entre deveres de emissão de normas estruturadoras de processos, procedimentos, organização e financiamento e outros deveres ou permissões

No que toca aos deveres de emissão de normas estruturadoras de processos, procedimentos, organização e financiamento que possibilitem o exercício de direitos fundamentais, já se assinalou que não é raro que o núcleo mínimo do dever de ação coincida quase integralmente com a sua extensão ideal. Nesses casos, uma eventual colisão do dever de produzir essas normas com qualquer outro dever ou permissão resolve-se com a prevalência daquele dever. O Estado é obrigado a cumpri-lo na máxima extensão, sem que se possa falar de necessidade de harmonização. Sem embargo, são concebíveis colisões com outros deveres constitucionais (por exemplo, na organização do recenseamento eleitoral têm de ser ponderados direitos de defesa dos cidadãos) ou com permissões de promoção de outros bens, interesses ou valores não cobertos por deveres que requeiram harmonização legislativa assistida pela proibição do defeito.

A colisão entre um dever de emissão de normas estruturadoras de processos, procedimentos, organização e financiamento e uma permissão de prossecução de um interesse público é ilustrada pelo acórdão n.º 166/10, que se reveste de particular interesse por ter sido um dos dois primeiros em que o Tribunal aplicou o parâmetro da proibição do defeito e o primeiro em que declarou a

inconstitucionalidade da norma fiscalizada por sua violação. Embora a constelação deôntica não seja inequivocamente identificada no acórdão, registava-se uma colisão entre o *dever positivo* do legislador de criar através da lei condições processuais e procedimentais para que os credores pudessem ver realizado o seu direito à satisfação dos créditos – ou, mais latamente, à tutela do direito de propriedade – e a *permissão* de prosseguir o interesse público (do Fisco) da eficiente e célere cobrança de impostos.

Colisão entre um dever de emissão de normas estruturadoras de processos, procedimentos, organização e financiamento e um dever de proteção é a que ressalta do acórdão n.º 254/99, do Tribunal Constitucional ³²⁵⁸. Colidiam, por um lado, um dever positivo de possibilitação do acesso a informação administrativa, com vista à viabilização do exercício de certos direitos - designadamente de tutela jurisdicional -, e, por outro lado, o dever positivo de proteção de outros direitos, designadamente ao segredo comercial ou industrial, de autor e de propriedade industrial.

3.5.2.1.4. Colisões entre deveres de materialização de direitos sociais e outros deveres ou permissões

Por norma, os deveres de materialização de direitos sociais colidem com permissões para acautelar os bens, interesses ou valores da garantia da sustentabilidade das finanças públicas e da alocação sustentável dos recursos públicos e, mais circunscritamente, da sustentabilidade da atividade económica (*reserva do sustentável*). Esta última referência alerta para que pode suceder que os direitos sociais de um grupo colidam com os direitos de outro grupo de particulares, obrigando o legislador a harmonizar a respetiva fruição.

São configuráveis pelo menos três situações: (i) o dever de materialização de um direito social requer a interferência noutros direitos em relação aos quais o legislador tem um dever *prima facie* de abstenção de interferência; (ii) o dever de materialização de um direito social de um grupo colide com o dever de

³²⁵⁸ V., também, acórdão n.º 2/13.

materialização de um direito social de outro grupo; (iii) o dever de materialização de um direito social colide com um dever *prima facie* de proteção.

Exemplos muito estudados da primeira situação são os de colisão entre o dever de materialização do direito à habitação e o dever de abstenção de interferência no direito de propriedade³²⁵⁹. Nessa colisão radicam as normas legislativas que, visando assegurar o direito social à habitação, limitam o direito de propriedade, comprimindo os direitos dos senhorios no caso de arrendamento ou atribuindo aos arrendatários o direito unilateral de aquisição das suas habitações mesmo contra a vontade do senhorio³²⁶⁰. Neste contexto também se formam *constelações triangulares* entre o Estado, titular do dever de materialização do direito social e do dever de abstenção de interferência em direitos de defesa, os particulares titulares de direitos sociais e os particulares titulares de direitos de defesa. Ligeiramente diferente, menos frequente, mas inserível nesta categoria de casos, é a situação em que o legislador está adstrito ao dever de materialização de um direito social, tendo para tanto de interferir na vertente *negativa* de outro direito social. Nessa circunstância, a *constelação triangular* que se forma é entre o Estado, titular do dever de materialização do primeiro direito social e do dever de abstenção de interferência na componente negativa do outro direito social, os particulares titulares do primeiro direito social e os particulares titulares de posições jurídicas subjetivas negativas decorrentes do outro direito social.

Exemplo da segunda situação é a do acórdão n.º 309/01, do Tribunal Constitucional, sobre regime de arrendamento aplicável às IPSS. Sob apreciação estava uma norma que solucionava a colisão entre o direito social de habitação do senhorio (além do direito de fruição económica do bem objeto de propriedade) e os direitos sociais dos utentes ou beneficiários das IPSS³²⁶¹.

³²⁵⁹ V., por exemplo, acórdãos n.ºs 263/00 e 302/01, do Tribunal Constitucional.

³²⁶⁰ Cfr., por exemplo, **Miranda, *Manual...***, vol. IV, 5.ª ed., p. 340; **Abramovich / Courtis**, «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», descarregado em maio de 2014; **Vandenhoele**, «Conflicting economic and social rights...», pp. 573 ss. (apresentando a colisão como um caso de aplicação da figura da *proporcionalidade mais*, que propõe, e não da proibição do defeito, como defendemos); aparentemente em sentido diverso, **Borowski, *Grundrechte...***, 2.ª ed., *cit.*, p. 192.

³²⁶¹ Note-se que o Tribunal não aplicou a este caso o parâmetro da proibição do defeito, mas sim a proporcionalidade clássica.

A terceira situação é mais rara, mas não inconcebível: ocorre, por exemplo, quando o legislador tem de criar condições para a materialização do direito social à saúde e ao mesmo tempo tem de proteger direitos dos indivíduos que prestam serviço no sistema de saúde (em caso de epidemias como o Ébola e outras que representam grave risco para estes últimos).

3.5.2.1.5. Colisões entre deveres de proteção perante fenómenos naturais e permissões ou deveres de prossecução de outros bens, interesses ou valores

Existindo dever, sustenta-se tendencialmente que o Estado é obrigado a cumprir o dever de produção de normas legislativas de prevenção e ação perante fenómenos (designadamente catástrofes) naturais na máxima extensão, sem ponderação³²⁶². Por isso, não são aplicáveis instrumentos de harmonização como a proibição do defeito (ou a proibição do excesso)³²⁶³. Trata-se da situação do acórdão n.º 166/10. Embora a constelação deontica não seja inequivocamente identificada, registava-se uma colisão entre o *dever positivo* do legislador de criar condições legislativas e procedimentais para que os credores possam ver realizado o seu direito à satisfação dos créditos e a *permissão* de prosseguir o interesse público (do Fisco) da eficiente e célere cobrança de impostos. No entanto, esta é uma orientação de princípio: se o cumprimento do dever envolver o dispêndio de recursos ou contender com outros interesses a cargo do Estado, pode a proibição do defeito ser chamada a mediar essa operação de harmonização de bens, interesses ou valores contraditórios (entre, por um lado, o dever de proteção e, por outro, o dever de acautelar os interesses financeiros e materiais ou outros). Em todo o caso, não se

³²⁶² Unruh, *Zur Dogmatik...*, p. 88; Rassow, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 270.

³²⁶³ Rassow, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 270; Lee, «Grundrechtsschutz...», p. 305: isto é assim, como bem nota, mesmo quando o Estado se vê forçado a intervir sobre a propriedade de vítimas ou de potenciais vítimas de fenómenos naturais com vista a enfrentar riscos naturais. Neste caso há uma relação Estado-vítima-vítima.

forma uma *Dreiecksverhältnis* entre Estado, interessado na proteção e particular atingido por uma interferência num direito³²⁶⁴.

3.5.2.1.6. Situações atípicas

Atípica, desde logo por não envolver o *legislador em sentido próprio*, é situação do artigo 282.º, n.º 4, da CRP. Reza este: “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.” Se a norma apreciada e declarada inconstitucional pelo Tribunal visar a superação de uma colisão entre um dever de ação e um dever de abstenção, entre dois deveres de ação ou entre um dever de ação e uma permissão conferido ao legislador para a promoção de bens, interesses ou valores, aplica-se o esquema conceptual próprio da proibição do defeito, eventualmente com algumas adaptações.

Outro exemplo resulta do acórdão n.º 612/11, do mesmo Tribunal. A norma fiscalizada obrigava as instituições do setor social que pretendessem ter acesso à propriedade de farmácias e à atividade farmacêutica a constituírem sociedades comerciais. Pretendia-se solucionar a colisão entre o direito das instituições particulares de solidariedade social ao apoio do Estado e o fim da salvaguarda do interesse da justa concorrência. Com a emissão dessa norma, o legislador pretendia cumprir *dois deveres positivos* que sobre ele impendem: o dever de apoiar aquelas instituições e o dever (*incumbência prioritária*, na linguagem do artigo 81.º, f)) de assegurar uma equilibrada concorrência.

Muitas vezes não são lineares os deveres que estão em causa e o tipo de colisão que se trava entre eles. Um caso discutido é o da colisão de deveres de proteção abstratos e concretos. Assim, o legislador tem o dever de proteger as pessoas contra raptos,

³²⁶⁴ Assim, **Lee**, «Grundrechtsschutz...», p. 304. Diferentemente, **Jorge P. Silva**, «Interdição de proteção insuficiente...», p. 189.

designadamente aqueles que são perpetrados por grupos terroristas, por vezes patrocinados por outros Estados ou por redes terroristas internacionais altamente organizadas. Esse dever de proteção passa por impedir que se criem condições motivadoras de raptos: nomeadamente, proibindo o pagamento de qualquer resgate ou a atribuição de qualquer benefício ou facilidade aos raptadores. Sabe-se que a transigência com as exigências dos raptadores estimula novas iniciativas do género. Todavia, o dever de proteção abstratamente figurado pode colidir com o dever de proteção concretamente configurável quando, por exemplo, forem raptados no estrangeiro cidadãos ao serviço do Estado (diplomatas, militares ou funcionários em missão de paz) ³²⁶⁵.

3.6. Modalidades da proibição do defeito

O quadro traçado nos números anteriores permite recortar as situações em que é aplicável a proibição do excesso e aquelas em que deve observar-se a proibição do defeito.

Vejamos como se delimitam as fronteiras, recorrendo ao caso clássico do aborto, que usaremos doravante ³²⁶⁶, a partir da enunciação de cinco medidas alternativas.

M1 representa a proibição total, com punição penal da mulher e dos médicos, exceto se realizado por indicação médica nas dez primeiras semanas da gravidez.

M2 é a proibição parcial, com punição penal da mulher e dos médicos, exceto se realizado por indicação médica e em casos de violação nas primeiras dez semanas.

M3 permite a realização livre, incluindo por vontade da mulher, nas primeiras dez semanas, apenas com necessidade de sujeição a um programa de aconselhamento suportado pelo Estado e com assistência financeira a quem opte por não realizar o aborto.

³²⁶⁵ Como nota **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, pp. 27-28, nestes casos há uma colisão entre uma posição jusfundamental concreta e atual (dos raptados ou reféns) e uma posição que, no momento da decisão, não é específica nem concretizada (dever de proteção face a todos os potenciais perigos). Cfr. **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 270.

³²⁶⁶ Tenha-se em conta que a jurisprudência do Tribunal Constitucional já gerou vários acórdãos sobre o aborto (acórdãos n.ºs 25/84, 85/85, 288/98, 617/06, 75/10), todos eles contendo elementos relevantes para o estudo da proibição do defeito. O último constitui, aliás, o veículo da receção formal do instituto da proibição do defeito pelo Tribunal Constitucional. V., também, **Miranda/Medeiros**, *Constituição...*, tomo I, 2.ª ed., pp. 344-345.

M4 permite a realização livre, incluindo por vontade da mulher, nas primeiras dez semanas.

M5 não estabelece qualquer penalização nem impedimento à realização do aborto. Por exemplo, estava em vigor *M1* e altera-se para *M2*, *M3*, *M4* ou *M5*. *Quid juris?* Qual o instrumento de mediação e o parâmetro de controlo aplicável no que concerne a essa alteração?

Duas visões alternativas se oferecem.

A primeira imperou até há não muitos anos em Portugal (e impera na maioria das ordens jurídicas próximas) e traduz-se na aplicação da proibição do excesso a esta situação. O fundamento teórico só poderia ser o seguinte: a posição jurídica do nascituro decorre de um direito negativo, que requer a abstenção do legislador, designadamente a abstenção da produção de normas que permitam o aborto. Qualquer norma que autorize (ou não puna) o aborto é uma interferência no direito à vida, devendo ser avaliada à luz da proibição do excesso.

Encurtando razões, essa visão tinha vários problemas: primeiro, não retirava as devidas conclusões da circunstância de as normas proibitivas do aborto serem elas próprias uma intervenção noutro ou noutros direitos de defesa, sobretudo os detidos pela mãe; segundo, não se apercebia da impossibilidade lógica de configurar uma colisão entre *dois deveres de abstenção* do legislador; terceiro, não aprofundava a questão de saber se a estrutura da proibição do excesso tinha realmente a virtualidade de se adaptar a essa situação; quarto, não dava suficiente relevo à circunstância de que o que verdadeiramente interessava à posição jurídica do feto era que o legislador o protegesse de comportamentos da mãe e de terceiros e não evitar que o legislador se abstinêsse de produzir qualquer tipo de normas ou se abstinêsse de qualquer tipo de interferência.

Em última análise, esses problemas levaram o Tribunal Constitucional alemão a mudar de paradigma na, já várias vezes mencionada, segunda sentença do aborto (1993) e a evoluir para a outra visão. Naturalmente que essa mudança de paradigma tem de chegar a outros domínios materiais, como defendemos no capítulo sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, sob pena de continuar a ser difícil enquadrar dogmaticamente algumas decisões daquele Tribunal. A mudança de paradigma - que, deve reconhecer-se, já deu os seus primeiros passos naquela jurisprudência - aponta para o abandono da proibição do excesso como parâmetro

aplicável e para a adoção de um outro parâmetro mais adequado para apurar se foi cumprido o objetivo fundamental neste tipo de colisões: o objetivo de compromisso no cumprimento dos dois deveres colidentes, um de abstenção, outro de proteção positiva. Nos termos deste novo quadro dogmático e jurisprudencial, a adoção de *M2, M3, M4* ou *M5* em substituição de *M1* ficaria sujeita à proibição do defeito³²⁶⁷. Isto é assim porque a proibição do excesso é aplicável quando a perspectiva dominante é a do cumprimento ou controlo do cumprimento de um dever *prima facie* de abstenção do legislador colidente com a prossecução de fins imediatos legítimos (tipicamente, fins de interesse público), permitidos (ou não proibidos) pela constituição. Em contrapartida, a proibição do defeito tem um âmbito de aplicação diferente: *no seu sentido próprio, é aplicável quando a perspectiva dominante é a do cumprimento - ou controlo do cumprimento - de pelo menos um dever prima facie de ação do legislador colidente com outros deveres prima facie ou com a prossecução de fins imediatos legítimos, permitidos (ou não proibidos) pela constituição*.

Porém, há que decompor esta indicação, deixando de parte as situações atípicas, que podem suscitar soluções e respostas com peculiaridades que aqui não se podem indagar. Conforme defendido acima, a expressão mais comum da proibição do defeito em sentido próprio abarca três tipos de situações: (i) colisão entre um dever constitucional de ação e um dever constitucional de abstenção do legislador; (ii) colisão entre dois deveres constitucionais de ação do legislador; (iii) colisão entre um dever constitucional de ação e uma permissão da prossecução de bens, interesses ou valores não cobertos por um dever constitucional³²⁶⁸.

Ora, a questão de saber se em todas essas situações se aplica a mesma modalidade da proibição do defeito ou se valem modalidades diferentes depende, antes de mais,

³²⁶⁷ Cfr., por exemplo, **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 176, defendendo que está sujeita à proibição da proteção insuficiente a situação em que "se fez algo mas se interrompeu" caso o legislador não pratique outra ação que possibilite o exercício do direito em igual medida, isto é, quando o legislador atingiu um nível exigido de cumprimento do dever de agir, mas "retrocedeu" nesse cumprimento. No entanto, invocando **Alexy** (*Theorie...*, p. 436), admite (discutivelmente) que quando o legislador interrompe "sem mais" é aplicável *prima facie* a proibição do excesso.

³²⁶⁸ Há que ter em conta a existência de teses minoritárias que advogam a aplicação da proibição do defeito em outros círculos. V., por exemplo, **Tzemos**, *Das Untermassverbot*, pp. 165 ss. (a proibição do defeito seria também aplicável em situações de cumprimento defeituoso dos deveres de abstenção do Estado decorrentes dos direitos fundamentais de defesa).

da equivalência ou desigualdade do peso abstrato das variáveis. O assunto tem sido discutido a propósito dos deveres de proteção e dos deveres de abstenção de interferência em direitos de defesa com aqueles colidentes. Questiona-se se nessa situação conflitual um dos deveres tem uma pretensão de peso abstrato mais elevada.

As teorias da *assimetria* sustentam que a função de defesa dos direitos prevalece sobre a função de proteção. Todavia, estas teorias estão vinculadas a uma pré-compreensão da constituição que dificilmente reflete o espírito constitucional atual³²⁶⁹. Compreende-se, por isso, que as escassas indicações colhidas da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o sentido da Constituição portuguesa vão em direção diversa³²⁷⁰. Os deveres jusfundamentais do legislador, decorram de funções de defesa ou de proteção, impliquem uma abstenção ou uma ação, têm *prima facie* um peso abstrato equivalente. Esta linha de argumentação abrange todos os casos em que um bem, interesse ou valor é tutelado através da sujeição do legislador a qualquer dever, incluindo os deveres de materialização dos direitos sociais ou os deveres de proteção de bens, interesses ou valores públicos. Tratar-se de uma equivalência *prima facie* significa que pode ser refutada caso a caso. Já vimos que é possível haver diferenças de importância abstrata de bens, interesses ou valores *singulares*. O que aqui se recusa é a diferença de peso de abstrato de *duas categorias de deveres* globalmente consideradas.

Discutível - e só determinável caso a caso - é se os poderes do legislador de promover bens, interesses ou valores com valor constitucional têm o mesmo valor abstrato que os deveres constitucionais. Já no que toca aos poderes de prosseguir bens, interesses ou valores sem assento constitucional e não cobertos por um dever constitucional eventualmente prosseguidos pelo legislador no uso de uma permissão, não se coloca em dúvida que *prima facie* têm valor abstrato inferior aos

³²⁶⁹ Para a defesa de uma apreciação *assimétrica* dos conflitos de direitos, favorável à função de defesa, por exemplo, **Canaris, Direitos...**, p. 65; **Jarass**, «Grundrechte als Wertentscheidungen...», *cit.* (sendo relevante relembrar que este foi o primeiro juspubicista a receber o conceito de proibição do defeito). Todavia, esta prevalência assimétrica da função de defesa teria exceções: no caso do aborto, a função de proteção sobrepor-se-ia. Contra, **Matthias Mayer, Untermaß, Übermaß...**, p. 149; **Calliess, Rechtsstaat...**, pp. 445 ss., *passim*; *idem*, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 218; **Störing, Das Untermaßverbot...**, pp. 147 ss.; **Šušnjar, Proportionality**, p. 334; **Jorge P. Silva**, «Interdição de proteção insuficiente...», p. 200 (com argumentação que merece adesão).

³²⁷⁰ V. Acórdão n.º 166/10.

poderes de promoção de bens, interesses ou valores tutelados através de deveres com fundamento constitucional.

Porventura mais determinante que o fator do peso abstrato é o *tipo de colisão*. Quanto a isso, decisivo é se a colisão se dá entre (i) dois (ou mais) deveres do legislador, sejam positivos ou negativos, ou (ii) entre deveres de ação e permissões de promover outros bens, interesses ou valores. Existem razões para tratar as duas situações de forma diferente, ou seja, para as submeter a modalidades diferentes da proibição do defeito.

No caso de colisão de deveres constitucionais do legislador, dispondo eles do mesmo peso abstrato *prima facie*, nenhum deles tem uma pretensão de prevalência. Por isso, não pode conceber-se que um seja integralmente cumprido à custa do sacrifício total do outro ou que se registre um desequilíbrio flagrante entre os graus de (in)cumprimento de um e de outro. Registrando-se uma colisão deste tipo, a função da proibição do defeito é conduzir o legislador a cumprir o meta-dever de resolução dessa colisão através de uma harmonização concordante, igualitária ou paritária do (in)cumprimento desses deveres. Adaptando uma frase de ISENSEE, o Estado de direito não pode deixar de amparar igualmente os dois lados³²⁷¹. Para esses casos, tem de existir uma modalidade da proibição do defeito que obrigue ao cumprimento simultâneo e paritário dos deveres em colisão. Designamos essa modalidade por *proibição do defeito paritária*. Como se verá a seu tempo, para garantir o equilíbrio, essa modalidade incorpora uma componente assimilável aos traços essenciais da proibição do excesso.

No caso de colisão entre deveres de ação e permissões de promover outros bens, interesses ou valores, pode não se verificar a situação de equiparação entre pesos abstratos e nunca se verifica a relativa homogeneidade deôntica, uma vez que há sempre a contraposição entre deveres e permissões tituladas pelo legislador. Para esses casos, deve conceber-se uma modalidade da proibição do defeito que transija com a eventual ausência de harmonização igualitária ou paritária dos bens, interesses ou valores colidentes. Por exemplo, o dever de materialização dos direitos sociais tem um peso abstrato superior ao interesse da sustentabilidade financeira. Isso confere a esses direitos a pretensão de prevalecerem na

³²⁷¹ «§ 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht...», número marginal 165: "*Der Rechtsstaat steht hier von zwei Seiten unter grundrechtlichem Rechtfertigungszwang...*".

harmonização concreta realizada pelo legislador. Ou, ao invés, pode suceder que a circunstância de serem assistidos por um peso abstrato superior não lhes garanta uma concretização concreta com predomínio em todas as situações. Pode haver (e a realidade mostra que muitas vezes há) situações de desequilíbrio se os interesses da sustentabilidade financeira assumirem circunstancialmente um peso que induza a esse desequilíbrio. Em suma, nestes casos a proibição do defeito não exclui a harmonização não igualitária ou não paritária. Para esta modalidade da proibição do defeito reservamos a designação de *proibição do defeito não paritária*.

3.7. Norma de ação e norma de controlo

Entre os que admitem a sua autonomia conceptual, é opinião dominante que a proibição do defeito, a par de ser um parâmetro do controlo, rege a atividade do legislador³²⁷². Para que a proibição do defeito possa valer como parâmetro de *controlo judicial* dos comportamentos do legislador tem de *conformar primariamente* os comportamentos do legislador. A proibição do defeito só pode ser um parâmetro de controlo de normas legislativas se o próprio legislador estiver obrigado a conformar os seus comportamentos ao sentido normativo daquela proibição.

No entanto, não se retiram daí todas as consequências dogmáticas. A quase generalidade dos autores que refletem sobre o tema têm como pano de fundo explícito ou implícito exclusivamente a proibição do defeito como *parâmetro de controlo* da constitucionalidade³²⁷³.

Embora no estágio atual de maturação e interiorização da figura, bem como da ritualização do procedimento legislativo, isso requeira algum artificialismo teórico na *idealização* do exercício da função legislativa e do procedimento legislativo, o

³²⁷² V. **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 277. É, porém, minoritária a tese de **Matthias Mayer**, *Untermaß...*, p. 19, *passim*, de que a proibição do defeito e do excesso, como manifestações do princípio da proporcionalidade, são adequadas apenas como normas de ação e não como normas de controlo constitucional do legislador.

³²⁷³ **Clérico**, «Sobre la prohibición...», *cit.*; **Gellermann**, *Grundrechte im einfachgesetzlichen...*, pp. 347 ss.; **Barak**, *Proportionality...*, pp. 422 ss. Alguns autores consideram inclusive que o destinatário da proibição do defeito é exclusivamente o juiz constitucional. O legislador seria apenas destinatário das normas que estabelecem o dever de proteção. Assim, **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 962.

alicerce da construção dogmática da proibição do defeito é o entendimento de que esta e os passos em que se desdobre são parâmetros vinculativos do exercício da atividade legislativa.

Daí a convocação da distinção entre os conceitos doutrinários de norma de ação e de norma de controlo, nos mesmos termos que na proibição do excesso. Essa distinção tem na sua base a aceitação de que o conteúdo da proibição do defeito enquanto norma dirigida ao legislador não é o mesmo que o conteúdo da proibição do defeito enquanto norma dirigida ao juiz constitucional. Já se assinalaram os receios de alguns autores de que a dicotomia entre normas de ação e normas de controlo possa ter repercussões negativas na força normativa da constituição. Todavia, não há nenhum argumento decisivo que obste a que, no domínio dos deveres de ação do legislador, a extensão do dever concreto de ação resultante da norma constitucional possa ir além daquilo que é suscetível de controlo pelo juiz constitucional. Por outro lado, mesmo que se recusasse o fundo teórico da distinção entre normas de ação e normas de controlo, isso não eliminaria dois dados incontornáveis: a proibição do defeito tem como destinatário quer o legislador, quer o juiz constitucional; a refração da proibição do defeito na atividade do legislador é diferente da refração da proibição do defeito na atividade do juiz constitucional (tal como sucede com a proibição do excesso).

O primeiro aspeto relevante onde se vinca uma diferença significativa é o da função desempenhada pela proibição do defeito.

3.7.1. Função da proibição do defeito como norma de ação

Como norma de ação, a proibição do defeito estabelece um *programa final*³²⁷⁴ ou diretiva sobre o objetivo a atingir pelo legislador na definição dos comportamentos a assumir perante uma colisão em que esteja envolvido pelo menos um direito de ação.

Retomemos os três tipos de colisões relevantes para efeitos da proibição do defeito: (i) colisão entre um dever constitucional de ação e um dever constitucional de

³²⁷⁴ Cfr. **Dietlein**, «Das Untermaßverbot», pp. 136 ss., embora sem distinguir entre norma de ação e norma de controlo.

abstenção do legislador; (ii) colisão entre dois deveres constitucionais de ação do legislador; (iii) colisão entre um dever constitucional de ação e uma permissão da prossecução de bens, interesses ou valores não cobertos por um dever constitucional. Como mostrámos, aos comportamentos do legislador que enfrentem os primeiros dois tipos de colisão é aplicável a modalidade da proibição do defeito paritária, aplicando-se ao terceiro a proibição do defeito não paritária.

Nas primeiras duas situações, tendo os deveres o mesmo valor formal, o legislador está obrigado *prima facie* a cumpri-los em igual medida. Pode falar-se, nessa circunstância, de um *meta-dever* do legislador: o *meta-dever* de conformar um comportamento que cumpra na *medida do possível* os deveres colidentes tão paritária ou equitativamente quanto possível. O princípio da proibição do defeito tem a função de mediar a decisão do legislador, delineando os passos para aí chegar. Para corresponder ao sentido normativo dessa modalidade da proibição do defeito, o comportamento que o legislador adotar - ação ou omissão - deve permitir que os bens, interesses ou valores que a constituição visa tutelar através de um dever constitucional sejam satisfeitos em igual medida que os bens, interesses ou valores tutelados através da consagração do dever constitucional oposto³²⁷⁵. Dito de forma reversa, mas sinónima: sendo certo que a situação de colisão não permite que os dois sejam cumpridos em pleno, o grau de não satisfação de um deve ser similar ou simétrico ao grau de não satisfação do outro³²⁷⁶.

Não se ignoram os constrangimentos cognitivos que pendem sobre este objetivo: é virtualmente impossível saber com total certeza se se atingiu esse ponto de total equilíbrio de graus de satisfação ou de não satisfação/interferência³²⁷⁷. Todavia, a

³²⁷⁵ **Merten**, «Verhältnismässigkeitsgrundsatz», n.º marginal 85, alude à procura de um equilíbrio ou compromisso (*Ausgleich*) entre proibição do defeito e proibição do excesso, mas, verdadeiramente, o equilíbrio é entre os bens, interesses ou valores que são objeto dos deveres constitucionais.

³²⁷⁶ Pode ser difícil de distinguir na prática estas situações de outras em que também há colisão entre deveres de proteção e deveres de abstenção, mas em que essa colisão é apenas uma componente de um quadro mais vasto onde há necessidade de harmonizar globalmente o exercício de várias posições jurídicas subjetivas decorrentes de um mesmo ou de mais do que um direito fundamental. É o caso da harmonização entre o exercício das posições jurídicas subjetivas inerentes ao direito de manifestação e ao direito de livre deslocação ou circulação dos particulares não manifestantes, que já se expôs antes. Nesses casos é aplicável um outro instrumento mediador de harmonização. Cfr. *infra*, capítulo 23.

³²⁷⁷ **Gellermann**, *Grundrechte im einfachgesetzlichen...*, p. 349; **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 276.

circunstância de não se poder ter a certeza que se atinge o objetivo não implica que ele deixe de o ser.

Na terceira situação, o legislador está sujeito a um dever de ação, mas está concomitantemente *autorizado* a (ou não está *impedido* de) considerar também a afetação de bens, interesses ou valores (sobretudo públicos) que não são objeto de um dever constitucional. Diferentemente do que sucede no tipo anterior de colisão, as posições do legislador podem não ter a mesma força formal. Consequentemente, a diretiva é que o legislador cumpra na *maior medida possível* o dever constitucional, tendo em conta o fim colidente. Isto pode significar o cumprimento do dever a um nível elevado, mas também que se fique por um mínimo, se os fins colidentes fornecerem argumentos suficientemente ponderosos que justifiquem um cumprimento apenas mínimo. Por isso, a função da proibição do defeito nesta modalidade só coincide parcialmente com a anterior. Aqui fornece um conjunto de parâmetros racionalizadores que guiam o legislador no processo decisório que visa o objetivo de garantir que o seu comportamento só perturba o cumprimento do dever constitucional de ação na medida em que isso seja justificado pela prossecução de outros fins ou pela promoção de outros bens, interesses ou valores. Para corresponder ao sentido normativo da proibição do defeito, o comportamento - ação ou omissão - que o legislador adotar deve permitir que os bens, interesses ou valores que a constituição visa tutelar através de um dever constitucional sejam satisfeitos na medida do possível, tendo em conta o peso dos argumentos decorrentes da promoção dos bens, interesses ou valores concorrentiais que o legislador entende que deve concomitantemente prosseguir (ou que é obrigado a prosseguir pela força das circunstâncias).

A formulação das duas modalidades da proibição do defeito até aqui estudadas afasta-a das orientações que a confinam a um instrumento de garantia de um padrão mínimo do cumprimento de um dever constitucional (*Mindestposition*). Essa é a inclinação de quem entende que, em caso de colisão entre deveres, o legislador não está sujeito a uma obrigação de cumprimento máximo, mas apenas de proteção mínima. Por essa orientação alinham alguns dos primeiros percursos da proibição do defeito, como CANARIS, ISENSEE ou SCHERZBERG³²⁷⁸, a própria jurisprudência do

³²⁷⁸ V., por todos, **Canaris**, *Grundrechtsschutz...*, pp. 208 ss.; também, **Merten**, *Schutzpflichten...*, pp. 28 ss.; **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, p. 82; **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 295. A

Tribunal Constitucional alemão e boa parte da doutrina³²⁷⁹.

A ideia da proibição do defeito como instrumento *de garantia do cumprimento mínimo* dos deveres *prima facie* de ação do legislador transporta desde logo uma posição ambígua sobre a relação entre proibição do defeito e garantia do conteúdo essencial. Pode legitimamente dizer-se que se se trata apenas da exigência da estrita materialização de uma *medida mínima indisponível* ou *absoluta*, não tem de se recorrer à proibição do defeito: existe a garantia do conteúdo essencial³²⁸⁰.

Por outro lado, se com a proibição do defeito como garantia do cumprimento mínimo se estiver a pensar em exigências que vão *além* da medida mínima indisponível mas ficam *aquém* da medida máxima de cumprimento do dever, isso esbarra com a circunstância de ser virtualmente impossível distinguir, do ponto de vista constitucional, entre o mínimo dos mínimos, objeto da norma que protege o conteúdo essencial, e o mínimo salvaguardado pela proibição do defeito como instrumento de ponderação³²⁸¹.

garantia de uma posição mínima (*Mindestposition*) de proteção é também (ou principalmente) defendida por alguns daqueles que concebem os direitos fundamentais simplesmente de acordo com o modelo dos direitos de defesa, rejeitando a autonomia dogmática dos deveres de proteção e a utilidade da proibição do defeito: v. **Szczekalla**, *Die sogenannten grundrechtlichen...*, p. 437. Com fundamentos e implicações que podem variar significativamente, a opção por um controlo mínimo (*Minimalkontrolle*) é partilhada por uma parte considerável da doutrina, em harmonia com a jurisprudência do *BVerfG*: v., entre nós, **Jorge P. Silva**. Na medida em que evoca a posição de **Canaris** e se refere à satisfação das "exigências mínimas", parece também aderir à ideia de proteção mínima **Canotilho**, *Direito Constitucional...*, 7.^a ed., p. 273. De certa forma dúbia é a posição de **Andrade, Os Direitos...**, 2.^a ed., p. 249, 5.^a ed., p. 240, que, ao mesmo tempo que atribui à proibição do defeito uma função de princípio meramente orientadora, ao invés do que sucederia com a proibição do excesso, rejeita que ela tenha de ser vista como proteção mínima.

³²⁷⁹ Desde logo quem recusa que o conceito vigente de constituição consista em atribuir ao legislador o papel de mero concretizador da constituição ou das tarefas por ela definidas: v., por exemplo, **Jarass**, «Grundrechte als Wertentscheidungen...», pp. 384 ss.; **Gusy**, *Parlamentarischer Gesetzgeber...*, pp. 76 ss.; **Böckenförde**, «Grundrechte als Grundsatznormen...», pp. 26 ss.; **Heun**, *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, pp. 66 ss.; **Lerche**, «Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten...», pp. 197 ss. Em síntese, desta corrente flui que, em caso de colisões entre deveres de proteção e direitos de defesa, o legislador tem necessariamente liberdade de conformação, podendo escolher livremente entre proteção mínima e restrição maximamente permitida do direito de defesa, o que não é garantido pelas teses da otimização. Sobre as teses do nível mínimo de proteção em contraposição à obrigação de otimização, v. a síntese de **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, pp. 51 ss.; também, **Nitz**, *Private...*, pp. 369 ss.; **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 213; **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 961.

³²⁸⁰ **Gellermann**, *Grundrechte im einfachgesetzlichen...*, p. 349.

³²⁸¹ Esta a dificuldade da construção de **Jorge P. Silva**, «Interdição de proteção insuficiente...», pp. 205-206: para o autor, a proibição do defeito define, por si só, através de ponderação, um mínimo, enquanto "o conteúdo essencial define tão somente o mínimo dos mínimos", de forma absoluta, inderrogável e tendencialmente (?) inflexível; "dito de outro modo, aquele aponta para um mínimo concreto, considerando os condicionalismos jurídicos e empíricos do caso, enquanto este indica um mínimo que tem de ser respeitado em todas e quaisquer circunstâncias", havendo uma sobreposição apenas parcial. Se já é difícil dizer, em alguns casos, o que é e como se apura o *mínimo dos mínimos*,

Além dessa dificuldade de demarcação, a tese da proibição do defeito como definidora de um mínimo constitucional enfrenta ainda um argumento normativo. A maximização da força normativa da constituição impõe o cumprimento dos deveres do legislador na máxima medida possível em caso de colisão de deveres e não o cumprimento de mínimos ou a simples melhoria da situação³²⁸².

Falar de cumprimento máximo na medida do possível é o mesmo que dizer cumprimento *ótimo*. Consequentemente, como norma de ação dirigida ao legislador, a proibição do defeito *na modalidade paritária* não pode deixar de ser entendida como uma *diretiva ou um programa final de otimização*.

Não quer isso significar que se pretende reduzir a liberdade de conformação do legislador a uma expressão residual. Por um lado, quando se fala de otimização ou da busca de uma solução ótima, não significa que haja *apenas uma* solução ótima³²⁸³. Por outro lado, a definição do que é uma solução ótima depende em larga medida das próprias avaliações e valorações que o legislador realiza. A ampla margem para a realização de avaliações empíricas - diagnósticos e prognósticos - e valorações, bem como a primazia que lhes é conferida em situações de incerteza e até a limitação da sindicabilidade dessas avaliações e valorações pelo juiz constitucional, asseguram que a compressão da liberdade de conformação do legislador na determinação do que se pode considerar *escolha ótima* no caso concreto é menos draconiana do que parece *prima facie*³²⁸⁴. Não é matematizável

recorrer a um conceito adicional de *mínimo*, diferente, portanto, de *mínimo dos mínimos*, só acrescenta perplexidade e aleatoriedade ao sistema.

³²⁸² Crítico, v., por todos, **Gellermann, *Grundrechte im einfachgesetzlichen***..., pp. 348-349.

³²⁸³ Sem se negar, porém, que haja situações em que o cumprimento do dever só se pode realizar através de um único meio possível ou de um específico tipo de meios: cfr. **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 185; **Merten**, «Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», n.º marginal 89. A discussão sobre se há obrigatoriedade de escolha de meios específicos, como os de natureza penal, é acesa: entre muitos, v. **Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição***..., pp. 289 ss.; **Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção***..., pp. 46 ss. (com especial incidência na proteção penal do nascituro); **Pascual**, «Los derechos fundamentales a la protección penal», pp. 333 ss., salientando designadamente que o TEDH tem entendido que, em certas circunstâncias, há obrigação de adotar disposições de natureza penal sancionadoras de violações de direitos fundamentais, por exemplo, em casos de estupro. V. *infra*, capítulo 22.

³²⁸⁴ Veja-se a orientação da jurisprudência constitucional alemã, a qual reconhece ao legislador margem para apreciação das relações materiais subjacentes ao processo de decisão legislativa, para as prognoses necessárias e para a escolha do meio. A amplitude dessa margem de avaliação, valoração e conformação deixa espaço para a consideração de interesses públicos e privados concorrentes e depende da espécie e do âmbito material em causa, das possibilidades de se atingir uma decisão suficientemente segura e do significado dos bens jurídicos envolvidos. A avaliação dos aspetos sociais e económicos relevantes para o caso, bem como a antevisão dos desenvolvimentos futuros e da eficiência das normas, cabe na responsabilidade política do legislador. Isso vale

ou quantificável (nem sequer através de amplas bandas de variação³²⁸⁵) o grau de cumprimento deste ou daquele dever ou as reais intensidades de satisfação e de interferência nos bens, interesses ou valores colidentes. Aquela margem de avaliação empírica e de valoração de que o legislador beneficia gerará normalmente a possibilidade de mais do que uma alternativa qualificável como ótima para efeitos do respeito do programa final da proibição do defeito. Entre elas, cabe ao legislador escolher.

Em contrapartida, no que toca à modalidade *não paritária*, não se verifica a situação de colisão de dois deveres constitucionais do legislador, não se pode dizer que este está obrigado ao cumprimento ótimo de dois deveres ou à prossecução ótima de dois bens, interesses ou valores colidentes. Neste caso, há antes uma *diretiva* ou *programa final de cumprimento satisfatório* do dever constitucional de ação tendo em conta os bens, interesses ou valores concretamente colidentes que o legislador está constitucionalmente autorizado a salvaguardar ou a prosseguir.

3.7.2. Função da proibição do defeito como norma de controlo

A proibição do defeito como norma de controlo pauta a atividade de controlo do juiz constitucional. Nesse contexto, a questão central é saber se o alegado ou efetivo comportamento omissivo do legislador, objetivado numa *situação* contemporânea ao momento do controlo, é *justificado*. Se for justificado, o comportamento é válido. A proibição do defeito fornece o quadro metódico dos vários passos de avaliação ou controlo dessa justificação. Como norma de ação, a proibição do defeito tem necessariamente uma vocação *introspetiva* e *prospetiva*; como norma de controlo tem uma intenção *retrospetiva*. No primeiro caso, é destinatário o legislador e objeto um comportamento presente que se projeta para o futuro. No segundo caso, é

igualmente para a valoração dos interesses, isto é, para a atribuição de peso aos interesses colidentes e a determinação da intensidade da sua pretensão de proteção.

³²⁸⁵ Borowski, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 206, atribui percentagens à margem epistémica (de 10% ou 20%) e alude a bandas de variação, expressas através de grandezas numéricas que denotam a intensidade de satisfação e a intensidade de interferência (por exemplo, bandas entre limiares mínimo e máximo de 99 a 121 ou 108 a 132). Todavia, isso só pode entender-se como um exercício meramente figurativo, com finalidades heurísticas, uma vez que a atribuição de valores numéricos rigorosos a este tipo de variáveis é impossível.

destinatário o juiz constitucional e objeto um comportamento ou uma situação legislativa pré-dada. A perspectiva do juiz constitucional está marcada pela circunstância de não estar a moldar um comportamento novo, materializado numa decisão legislativa positiva ou negativa, mas a avaliar um comportamento já assumido ou uma *situação legislativa* preexistente. Algo de simétrico sucede, aliás, com a proibição do excesso³²⁸⁶.

A circunstância de, num caso, se tratar do legislador democrático e, no outro, do juiz constitucional, influi no modo como a proibição do defeito se repercute no processo decisório, na distribuição de poderes e na margem de decisão.

3.8. A proibição do defeito como norma de ação

Como norma de ação, a proibição do defeito é o instrumento normativo de mediação racionalizadora de operações de ponderação e harmonização efetuadas pelo legislador na definição de comportamentos relacionados com colisões em que estejam envolvidos certos deveres constitucionais. Esses comportamentos podem ser ações ou omissões.

3.8.1. Pressupostos: o fim legítimo em particular

As duas modalidades da proibição do defeito têm repercussões sobre como se equaciona o tema da *legitimidade* do fim.

Tal como na proibição do excesso, distinguem-se fins *imediatos* e fins *mediatos* do comportamento do legislador. Fins imediatos são a causação ou desencadeamento de efeitos materiais de satisfação de bens, interesses ou valores. Fim mediato é a

³²⁸⁶ **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 962, sustenta que proibição do excesso e proibição do defeito se distinguem de acordo com o ponto de vista do *tempo*. A proibição do defeito adotaria uma perspectiva *ex ante*, enquanto a proibição do excesso só poderia ser controlada numa perspectiva *ex post*, isto é, algum tempo depois das valorações e avaliações do legislador. No caso da proibição do excesso, seria, consequentemente, possível avaliar todas as prognoses e avaliações realizadas, diferentemente da proibição do defeito. Esta posição não pode ser acolhida: a proibição do excesso pode ser controlada antes mesmo de a medida legislativa produzir qualquer efeito (fiscalização preventiva, *ex ante*) e a proibição do defeito pode incidir sobre uma situação pautada pela existência de algumas medidas legislativas.

resolução harmonizada da colisão. Porém, no contexto da proibição do defeito estas noções sofrem uma precisão quando está em causa a modalidade paritária. Nesta, fim mediato é o cumprimento do meta-dever de superação da colisão entre deveres e entre bens, interesses ou valores através de uma solução que os satisfaça de forma *ótima e paritária*.

Quando, como sucede com a modalidade paritária, o legislador está sujeito a, pelo menos, dois deveres constitucionais contraditórios, a questão da *legitimidade* do fim, pressuposto da aplicação (ou, para alguns, componente estrutural) da proibição do defeito³²⁸⁷, não se coloca. Nessa modalidade há (pelo menos) dois fins imediatos de causação ou desencadeamento de efeitos materiais de satisfação de bens, interesses ou valores colidentes, correspondentes ao cumprimento de (pelo menos) dois deveres constitucionais. Em última instância, não é incorreto dizer-se que se regista um conflito de fins (*Ziel-Konflikte*³²⁸⁸): os fins correspondentes ao cumprimento de dois deveres contraditórios, constitucionalmente impostos e não escolhidos pelo legislador. Tendo ambos o mesmo valor formal, o legislador está obrigado *prima facie* a cumpri-los em igual medida. Por isso, os fins imediatos *são necessariamente legítimos*. É através da sua prossecução que o legislador promove o fim mediato do cumprimento do *meta-dever* de conformar um comportamento que cumpra os deveres colidentes tão paritária ou equitativamente quanto possível.

Embora nela também estejam em causa *dois fins* colidentes, o tema da legitimidade do fim coloca-se diferentemente no âmbito da modalidade não paritária da proibição do defeito, aplicável às situações em que o legislador está sujeito a um dever de ação e está concomitantemente *autorizado* a (ou não está *impedido* de) considerar também a afetação de bens, interesses ou valores (sobretudo públicos) que não são objeto de um dever constitucional. Também aí há um conflito de fins, mas com configuração diferente. Por natureza, a *legitimidade* do fim de cumprimento do dever de ação não é suscetível de disputa, atenta a sua fonte constitucional. Em contrapartida, tem de ser aferida a legitimidade do fim imediato

³²⁸⁷ Sobre se a proibição do defeito se refere a uma relação meio-fim da mesma forma que, alegadamente, a proibição do excesso, v. a discussão em **Tzemos, *Das Untermaßverbot***, pp. 98 ss.; **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 176; **Merten**, «Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», n.º marginal 87.

³²⁸⁸ Cfr. **Schuppert**, «Funktionell-rechtliche Grenzen...», p. 40: (*Ziel-Konflikte* a ser resolvido através de ponderação).

que com ele colide, identificado pelo legislador no exercício da sua liberdade de conformação.

3.8.2. Metodica de aplicação

Como se referiu atrás, o atual estágio de maturação da figura da proibição do defeito e da sua interiorização pelo procedimento legislativo obriga a que a elaboração teórica sobre a sua metodica de aplicação assente em boa parte num exercício de *idealização* do procedimento de produção legislativa.

Um legislador *ideal* não está sujeito a um dever pontual, mas sim a um dever permanente ou contínuo de ação³²⁸⁹. Por isso, deve realizar exercícios regulares de monitorização do cumprimento dos seus deveres constitucionais, promover (pré-)ponderações do peso relativo dos deveres de ação e de abstenção a que está adstrito, apreciar a eficiência das medidas vigentes e produzir oportunamente as normas legislativas necessárias se as até aí vigentes não corresponderem à exigência constitucional³²⁹⁰.

Indistintas neste momento ideal de pré-ponderação, confundem-se dimensões de exegese constitucional e de ponderação político-constitucional. Mais precisamente: a verificação da existência de um dever *prima facie* de ação do legislador depende não apenas de pressupostos normativos - a consagração constitucional de um dever - e de valorações, mas também de apreciações fáticas. Como escreveu em tempos CANARIS (referindo-se especificamente aos deveres de proteção³²⁹¹), a aferição da exigibilidade e premência da proteção está dependente da aplicação de critérios valorativos (*natureza e hierarquia* abstrata do direito fundamental ameaçado, *peso da intervenção*, *peso* dos bens, interesses ou valores contrapostos) e de avaliações empíricas da *ameaça de perigo de intervenções* de outros sujeitos e respetiva

³²⁸⁹ Salientando este aspeto a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, **Matthias Mayer, Untermaß, Übermaß...**, pp. 49, 166.

³²⁹⁰ Fala-se, a propósito, de uma "imposição de observação" e, eventualmente, de um "dever de revisão" pendente sobre o legislador e sujeito a controlo judicial: **Hesse**, «Der verfassungsgerichtliche...», p. 556; **Matthias Mayer, Untermaß, Übermaß...**, p. 166; **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 276.

³²⁹¹ **Canaris, Direitos fundamentais...**, pp. 107 ss., 114.

intensidade, da *dependência do exercício* de certos direitos da colaboração de outros sujeitos de direito privado, da possibilidades de o titular desencadear *autoproteção* eficiente, entre outras³²⁹².

Detetados - através de interpretação constitucional conjugada com o influxo da realidade constitucional - deveres *prima facie* de ação e colisões deles com outros deveres ou com bens, interesses ou valores que o legislador considera legítimos, há que aquilatar se a eventual promoção do cumprimento do dever *prima facie* de ação em grau superior ao existente (que pode ser nulo) suplanta em importância as razões que concorrem a favor da manutenção da situação atual³²⁹³. Esta pré-ponderação tem um carácter essencialmente meta-jurídico, mas não é juridicamente irrelevante. Se o legislador optar pela inércia ou omissão de comportamentos que visem o cumprimento do dever de ação³²⁹⁴, a reconstrução da ponderação, real ou presumida, em sede de controlo da constitucionalidade é relevante.

Pensando num legislador menos idealizado, os seus impulsos tendem a ser mais casuísticos e menos ordenados, mais sensíveis a estímulos sociais e políticos circunstanciais, o que dificulta a definição da exata localização e metódica da proibição do defeito no contexto da atividade da feitura das leis. E aqui vale o quadro já evidenciado a propósito da proibição do excesso³²⁹⁵: em todas as fases da preparação das normas legislativas, a proibição do defeito funciona como quadro paramétrico, mas há umas em que isso tem condições propícias de lograr visibilidade ou relevância procedimental, noutras não. Ao momento de pré-ponderação - seja ele mais de acordo com o modelo ideal ou mais difuso, ao ritmo da realidade - que conclua pela necessidade de medidas legislativas que definam um (novo) quadro normativo de superação da colisão, segue-se a definição desse quadro, isto é, do conjunto de medidas e soluções legislativas. É a partir daí que vale

³²⁹² *Idem*.

³²⁹³ **Miranda, *Manual...***, vol. VI, 4.^a ed., p. 383, enfatiza especialmente o fator tempo e a questão da "mora" do legislador; aparentemente admitindo também este momento de pré-ponderação, **Miranda/Medeiros, *Constituição...***, tomo I, 2.^a ed., p. 344.

³²⁹⁴ Para **Clérigo**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 176, esta inércia ou omissão pode assumir várias modalidades. Entre outras, pode ser: uma omissão total sem mais; uma omissão que se segue a uma discussão e reconhecimento do dever de agir, mas sem se chegar à decisão de fazer algo; uma omissão que se segue a uma discussão e reconhecimento do dever de agir e ao estabelecimento dos meios, mas sem implementação destes.

³²⁹⁵ O que se disse no capítulo 14 a propósito da proibição do excesso vale integralmente para a proibição do defeito.

o instrumento paramétrico da proibição do defeito, com a sua função diretiva e racionalizadora.

A fase, relativamente difusa, informal e marcada pela *arcana praxis*, da redação de normas é aquela em que a dinâmica de "vai e vem" típica da conceção das normas legislativas se manifesta mais livremente, rendendo-se a uma aplicação irreflexiva e, quando muito, *condensada* da proibição do defeito (ou de qualquer outro instrumento mediador de harmonização). Uma vez suplantada essa fase e formalizada uma eventual iniciativa legislativa junto do órgão com poder legislativo, é possível dar expressão procedimental e ritualizada à proibição do defeito (embora talvez ainda não estejamos perto disso, mesmo nos ordenamentos mais progressivos e tecnicamente mais avançados³²⁹⁶). Mas mesmo não se podendo ainda falar de *passos* ou *segmentos* perfeitamente delimitados num *iter* ritualizado, não deixa de haver *critérios* de decisão e de escolha entre alternativas fornecidos por este teste. Tais critérios racionalizam o processo argumentativo. Quando for o caso, induzem a *otimização* dos bens, interesses ou valores em causa e, por essa via, o cumprimento ótimo dos deveres colidentes a que o legislador está vinculado. Ou então, induzem o *cumprimento satisfatório* do dever constitucional de ação tendo em conta os bens, interesses ou valores concretamente colidentes que o legislador está constitucionalmente autorizado a salvaguardar ou a prosseguir.

3.8.3. Critérios

3.8.3.1. Em geral

Particularmente numa fase não formalizada, quando ainda está em equação o tipo de comportamento que o legislador assumirá (o qual, no limite, pode vir a ser totalmente omissivo, isto é, nem sequer se materializar numa iniciativa legislativa), a tendência é para a aplicação *condensada* dos passos lógicos ou critérios que decorrem da proibição do defeito. Não é inevitável que assim seja, particularmente

³²⁹⁶ É plausível e desejável que o aprofundamento científico do perfil destes instrumentos, bem como a crescente nitidez dos seus contornos e funções, conduzam a uma gradual integração formalizada e consciente no procedimento legislativo *real*.

se no curso do procedimento decisório for formalizada uma iniciativa legislativa sobre a qual passe a incidir o debate, mas a inclinação é essa. Consideraremos, por isso, essa hipótese condensada, não excluindo, porém, que ela possa ser reconvertida num modelo cumulativo, passo a passo, uma vez que os segmentos da proibição do defeito podem ser individualizados.

Operação central comandada ou guiada pela proibição do defeito como norma de ação é a comparação dos vários comportamentos alternativos disponíveis (e, dentro deles, das várias alternativas de medidas legislativas).

Para que essa operação se possa realizar, é necessário que o legislador delimite, na medida do possível, as medidas adequadas para prosseguir os fins relevantes, tal como acima enunciados. Mesmo que na versão condensada de aplicação não se possa falar de um passo destacável de apreciação da *adequação*, nem por isso o legislador deixa de estar vinculado a um critério de adequação na escolha das alternativas que são comparadas.

Já se deixaram expressas reservas a respeito da posição de que a aplicação da proibição do defeito impõe ao juiz a delimitação de *todas* as opções que possam ser tecnicamente consideradas ações de cumprimento dos deveres³²⁹⁷. Essas reservas são menos vincadas quando se trata do legislador, em função quer das suas capacidades institucionais quer das suas competências. Mas, mesmo no caso do legislador, a ideia de que nenhuma alternativa pode ser descartada sem consideração cria uma fasquia desnecessariamente elevada. Quando muito, pode dizer-se que o legislador não deve excluir nenhuma hipótese que *manifestamente* ofereça uma solução capaz de corresponder aos objetivos da proibição do defeito.

A comparação das alternativas envolve o prévio contrapeso da intensidade dos efeitos de satisfação (ou de não satisfação) prometido por cada uma das alternativas consideradas³²⁹⁸, como na proporcionalidade e.s.e. Mesmo que numa versão condensada não se possa falar de dois passos destacáveis da necessidade e da proporcionalidade e.s.e., os dois critérios estão presentes. Pode-se falar de uma

³²⁹⁷ Dietlein, «Das Untermaßverbot...», p. 137; Borowski, *Grundrechte...*, 2.^a ed., pp. 182 ss., 197.

³²⁹⁸ Na medição da intensidade de satisfação ou da não satisfação atende-se, designadamente, a uma escala de significado dos bens, interesses ou valores (*Bedeutungsskala*) e a uma escala do perigo (*Gefahrenskala*), que considera a espécie, proximidade e medida do perigo em que incorrem os bens, interesses ou valores colidentes. V. sobre estes conceitos (mas com emprego restrito aos bens objeto de proteção), Merten, «Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», n.º marginal 92.

operação de comparação ponderativa, a qual difere consoante se trate de proibição do defeito paritária ou não paritária.

3.8.3.2. Proibição do defeito paritária

Admitamos que os comportamentos alternativos equacionados são várias hipóteses de soluções normativas. Recordemos o exemplo de *M1* a *M5*.

M1 representa a proibição total do aborto, com punição penal da mulher e dos médicos, exceto se realizado por indicação médica nas dez primeiras semanas da gravidez; *M2* é a proibição parcial, com punição penal da mulher e dos médicos, exceto se realizado por indicação médica e em casos de violação nas primeiras dez semanas; *M3* permite a realização livre, incluindo por vontade da mulher, nas primeiras dez semanas, apenas com necessidade de sujeição a um programa de aconselhamento sustentado pelo Estado e com assistência financeira do Estado a quem opte por não realizar o aborto; *M4* permite a realização livre, incluindo por vontade da mulher, nas primeiras dez semanas; *M5* não estabelece qualquer penalização nem impedimento à realização do aborto.

Consideremos que a posição jurídica do nascituro é denotada por *P1* e os direitos de defesa da mulher são denotados por *P2*.

3.8.3.2.1. Escala qualitativa ou quantitativa?

A matriz deôntica das colisões normativas que recaem no âmbito de aplicação da modalidade paritária da proibição do defeito impõe que esta desempenhe uma função de mediação na descoberta de uma solução ótima, ou da melhor solução possível, ou de uma solução que esteja entre as ótimas. Isso implica que não basta comparar as intensidades dos efeitos de satisfação e de interferência de várias alternativas ou a importância dos efeitos positivos e negativos da medida legislativa adotada. A proibição do defeito, procurando a medida ótima, pressupõe a ordenação das várias alternativas considerando simultaneamente as intensidades de satisfação e de interferência que cada uma delas implica no que respeita a cada um dos bens,

interesses ou valores colidentes ($P1, P2$). Essa ordenação supõe o desenvolvimento de uma metódica que não se contenta com uma ordenação entre maior, menor ou igual, em contraste com o que sucede com a aplicação dos segmentos da proibição do excesso³²⁹⁹.

Para isso, há que optar entre a adoção de (i) uma escala numérica ou de (ii) uma escala qualitativa.

Adotando-se uma escala numérica³³⁰⁰, ela tem de refletir necessariamente a incerteza epistémica inerente à maior parte das avaliações empíricas e das valorações, admitindo-se, por exemplo, uma margem de variação de 10% acima ou abaixo de um ponto central³³⁰¹. Todavia a aplicação de uma escala numérica, complexificada com a margem de variação, aumenta substancialmente a complicação do modelo e pode colocar questões de justificabilidade mais sérias do que se for adotada uma escala qualitativa. É mais difícil chegar a acordo sobre a asserção de que $M1$ assegura uma intensidade de satisfação de $P1$ entre 81 e 99 (posição média 90) e uma intensidade de interferência em $P1$ entre 5 e 15 (posição média de 7,5) do que sobre a asserção de que $M1$ assegura uma intensidade alta de satisfação e baixa de interferência em $P1$.

Em alternativa, pode preferir-se uma escala qualitativa³³⁰², que permita a ordenação das medidas de acordo com a classificação da intensidade dos seus efeitos. Por exemplo, muito baixa, baixa, média, alta, muito alta. Isso afere-se a partir da intensidade máxima da satisfação e da interferência idealmente possível: a intensidade máxima de satisfação do dever de proteção da posição jurídica do nascituro é atingida com a proibição total do aborto e a respetiva sanção penal,

³²⁹⁹ Como verificámos, a aplicação dos segmentos da proibição do excesso, quando algum escalonamento for exigido, não força a mais do que um escalonamento ordinal, que permita qualificar intensidades dos efeitos de satisfação e de interferência de hipóteses alternativas (na necessidade) ou da importância dos efeitos de satisfação ou de interferência (na proporcionalidade e.s.e.) como maiores, menores ou iguais (ou mais, menos ou igual). Esse traço metódico é um dos fatores a ter em conta quando formos averiguar se a proibição do excesso é um instrumento de otimização: v. *infra*, capítulo 29.

³³⁰⁰ Como a proposta por **Borowski, *Grundrechte...***, 2.^a ed., pp. 202 ss.

³³⁰¹ É uma das hipóteses de **Borowski, *Grundrechte...***, 2.^a ed., p. 206. No entanto, essa margem de variação pode variar, ela própria, de acordo com o que estiver em jogo no caso concreto. Há situações em que a incerteza epistémica é maior, devendo a margem de variação ser maior; há outras em que é menor, sendo a margem de variação menor, eventualmente próxima do zero.

³³⁰² Como nominalmente proposto por **Alexy**, «Sobre la estructura de los derechos fundamentales...», p. 129; «On Constitutional Rights...», p. 11, embora, na verdade, as posições na escala possam ser cardinalmente traduzidas.

enquanto a intensidade máxima de interferência nessa posição jurídica é atingida com a liberalização total do aborto; a intensidade máxima de satisfação do dever de abstenção de interferência nos direitos de defesa da mãe é conseguida com a ausência de qualquer medida legislativa constrangedora do exercício incondicionado desses direitos e a intensidade máxima de interferência neles é atingida com as medidas legislativas que proíbam quase integralmente o aborto.

3.8.3.2.2. Aplicação de uma escala qualitativa

Vejamos agora um exercício argumentativo possível.

M₁ assegura uma intensidade muito alta de satisfação de *P1* e muito baixa de *P2*. O aborto nunca pode ser realizado por vontade da mulher e apenas pode ser efetuado em situações extremas de indicação médica (eventualmente por inviabilidade do feto ou risco de vida da mãe). A posição jurídica do nascituro fica altamente salvaguardada; a da mãe só é salvaguardada em situações limite, designadamente de risco da própria vida.

M₂ garante uma intensidade alta de satisfação de *P1* e assegura uma intensidade baixa de satisfação de *P2*. A posição jurídica do nascituro continua altamente salvaguardada, embora não tanto como em *M₁*; a da mãe só limitadamente (mas não tão limitadamente como em *M₁*), uma vez que, só em casos extremos de indicação médica ou, por sua vontade, em situações de violação, o aborto pode ser realizado.

M₃ garante uma intensidade média de satisfação de *P1* e uma intensidade média de satisfação de *P2*. Nas primeiras dez semanas, a posição jurídica do nascituro é só minimamente salvaguardada, já que a vontade da mulher prevalece, havendo contudo a possibilidade de ser fortemente influenciada por virtude do aconselhamento e do incentivo financeiro à não realização de aborto, enquanto, depois de dez semanas de gestação, a posição jurídica do nascituro é totalmente salvaguardada.

M₄ garante uma intensidade baixa de satisfação de *P1* e alta de satisfação de *P2*, pois nas primeiras dez semanas, a posição jurídica do nascituro não é acautelada de forma nenhuma, só o sendo a partir daí; nas primeiras dez semanas, a vontade da

mulher exerce-se livremente, isto é, sem constrangimentos. Finalmente, com *M5* a salvaguarda da posição jurídica do nascituro é inexistente ou totalmente omissa.

Esta argumentação implica que *M5* - omissão total de proteção - seja excluída, por violadora do limite absoluto ou categórico da garantia do conteúdo essencial da posição jurídica do nascituro. Quanto a essa, não é a proibição do defeito em sentido próprio que rege.

M1 e *M2* têm de ser excluídas, por projetarem uma situação não paritária ou não igualitária. Em ambas, *P1* é desproporcionalmente satisfeito em relação a *P2*. É aqui que se manifesta a ideia de invalidade do excesso (de proteção) ou de medidas (de proteção) excessivas, que a modalidade da proibição do defeito paritária ou igualitária incorpora.

Por seu turno, *M4* tem de ser excluída, também por projetar uma situação não paritária ou não igualitária. Desta feita, *P2* é desproporcionadamente satisfeito em relação a *P1*. A vertente de proteção é deficitária em relação à vertente defesa.

Resta *M3*, que garante uma intensidade média de satisfação da posição jurídica do nascituro e uma intensidade média de satisfação da posição jurídica da mãe. As intensidades de satisfação estão niveladas: por isso, esta é uma alternativa que proporciona ao legislador a possibilidade *de fazer o que deve fazer* (HAIN). O comportamento consolidadamente obrigatório face ao imperativo da proibição do defeito *coincide* com o comportamento consolidadamente *permitido* por não ser excessivo³³⁰³. Esta medida respeita a proibição do defeito, enquanto as outras não o fazem.

Este exemplo visa apresentar a metódica e o sentido normativo da proibição do defeito de forma simplificada. A vida real é sempre mais dilemática, por vários motivos. Salientaremos apenas alguns.

Primeiro, o legislador enfrenta necessariamente incertezas epistémicas, quer no que toca às avaliações, quer no que toca às valorações. Tomemos *M3*, medida conforme com a proibição do defeito. Assume-se o dado empírico de a decisão da mãe de realizar ou não o aborto ser fortemente influenciável pelo aconselhamento ou pelo incentivo financeiro à não realização de aborto. Todavia, esse dado é incerto:

³³⁰³ Cfr. **Pulido**, *El principio...*, p. 811; **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 216 (pode falar-se aqui de ponderação conjunta, *Gesamtabwägung*, dos padrões da proibição do defeito e da proibição do excesso). Cfr., porém, **Cremer**, *Freiheitsgrundrechte...*, pp. 314 ss.

depende de quem procede ao aconselhamento, se é neutral ou votado ao convencimento da indesejabilidade do aborto, se é persuasivo ou não, se é diligente, exaustivo e focado ou simplesmente rotineiro e pouco empenhado (e de muitos outros aspetos). Por outro lado, o incentivo financeiro pode ser mais ou menos determinante, consoante numerosos fatores: montante, duração, situação e motivação da mulher, condições sociais circundantes, etc. Embora o legislador seja quem está melhor colocado para estas avaliações, nunca chegará à absoluta certeza de que o nível de satisfação do dever de proteção do nascituro é médio e não muito baixo, baixo, elevado ou muito elevado. Por outro lado, a dimensão valorativa ou de atribuição de peso e de contrapeso é também insuscetível de certezas absolutas. A comparação da intensidade de satisfação da posição jurídica do nascituro resultante de ela ser protegida integralmente a partir das dez semanas e apenas parcialmente até lá, com a intensidade de satisfação da posição jurídica da mãe resultante de ela ser satisfeita durante as primeiras dez semanas, depende de juízos valorativos sobre a importância ou peso a atribuir a cada um dos graus de satisfação. A conclusão de que se trata de uma intensidade média pode ser intersubjetivamente partilhada, mas não é indiscutível. Um legislador mais impressionado pelo valor "vida pré-natal" pode entender que a intensidade de satisfação de *P1* promovida por *M3* é apenas leve e, por isso, desproporcionada em relação à intensidade de satisfação de *p2*³³⁰⁴.

Segundo, o legislador pode querer considerar outros fins legítimos concorrentes. O mais notório é o interesse ou fator financeiro que, neste contexto, assume um papel apenas concorrencial, diferentemente do que sucede em muitos casos sujeitos à proibição do defeito não paritária³³⁰⁵. Consideremos de novo *M3*. A possibilidade de a mulher efetuar aborto no exercício de posições jurídicas subjetivas de defesa pode implicar que o Estado tenha de manter e disponibilizar meios adequados para isso no sistema de saúde público. Por outro lado, tem de providenciar os meios de aconselhamento e de sustentar o sistema de incentivos. Numa visão estritamente utilitarista, poderia dizer-se que este sistema de aconselhamento e de subsídios

³³⁰⁴ É com este sentido que se pode aderir à tese da existência de uma "espécie de corredor" (*Art Korridor*).

³³⁰⁵ O *P_k* do exemplo de **Alexy** estudado alguns números atrás. Cfr. «Sobre la estructura de los derechos fundamentales...», *passim*.

poderia ser equilibrado se não se realizasse o aborto e se a pessoa que nascesse contribuísse no futuro para o produto interno e para os orçamentos de Estado e da segurança social. O argumento poderia ainda refinar-se mais, mas o que releva é que há que encontrar um momento próprio para inserir a variável do fator financeiro, qualquer que seja a sua configuração. No caso de *M3*, as intensidades de satisfação dos deveres contraditórios são equivalentes. Nessa perspetiva, conformam-se com a proibição do defeito. Todavia, *M3* tem um impacto ao nível do interesse financeiro do Estado (que pode variar, consoante a dimensão quantitativa desse impacto, entre in comportável, muito alto, alto, médio, leve e muito leve). É óbvio que o legislador está autorizado a utilizar o fator financeiro como critério de "desempate" entre várias medidas conformes com a proibição do defeito. A questão crítica, porém, é se está também autorizado a optar por uma medida que não seja equilibrada, mas seja mais económica, isto é, preferível do ponto de vista do interesse financeiro³³⁰⁶. Por exemplo, *M2* garante uma intensidade alta de satisfação de *P1* e assegura uma intensidade baixa de satisfação de *P2*, implicando presumivelmente menores encargos financeiros para o Estado. Pode o Estado adotá-la, invocando o superior interesse financeiro e com isso fugindo à violação da proibição do defeito?

A resposta não pode ser categórica num ou noutro sentido. Se estiver em causa um encargo financeiro in comportável, será positiva. Se o encargo financeiro for de pouca monta ou despiciendo, a resposta será negativa. Mas entre essas duas balizas há um mundo inteiro de tonalidades.

Terceiro, mesmo que houvesse certeza epistémica e que o fator financeiro fosse irrelevante, o leque de opções só muito dificilmente se reduziria ao número que usámos e só excecionalmente as alternativas conformes com a proibição do defeito não passariam de uma. Por norma, não há *apenas uma* alternativa elegível.

Todas estas indicações apontam no sentido de uma significativa liberdade de conformação do legislador, apesar de a proibição do defeito funcionar como programa final ou diretiva de otimização.

³³⁰⁶ Embora colocada de outro modo, é essa a questão que está subjacente à construção de **Alexy**, *Idem*.

3.8.3.3. Proibição do defeito não paritária

Se o paradigmático campo de aplicação da proibição do defeito paritária é o das colisões entre deveres de proteção e de abstenção - constelações triangulares -, os mais típicos exemplos de aplicação da proibição do defeito não paritária são fornecidos pelos deveres de materialização dos direitos sociais, na medida em que não impliquem interferências sobre posições jurídicas subjetivas de terceiros.

Nesse domínio fala-se genericamente de uma reserva do sustentável. Significa isso que o legislador e outras autoridades têm o dever constitucional de tomar as medidas necessárias para materializar as prestações que aqueles direitos implicam, mas que podem sempre contrapesar o cumprimento do dever (naquilo que vá além de um mínimo irreduzível) com os interesses públicos que se contraponham, designadamente os financeiros (fator financeiro).

Como qualquer dever constitucional, o seu cumprimento deve ser assegurado pelo máximo. Neste caso não há um dever constitucional colidente que obste a isso. O programa final que a proibição do defeito traça para o legislador é o cumprimento do dever constitucional na sua máxima extensão, salvo se, ponderados os interesses públicos colidentes, estes ostentarem, nas circunstâncias concretas, *um peso e importância manifestamente maiores* do que o peso e importância do pleno cumprimento do dever constitucional.

3.9. A proibição do defeito como norma de controlo

3.9.1. Pressupostos

A aplicação do parâmetro da proibição do defeito requer do juiz constitucional alguns passos prévios, nomeadamente: interpretação da constituição, para verificar se dela decorre algum dever de agir relevante para o caso, delimitação dos argumentos conflitantes, apuramento de qual o resultado da ponderação realizada pelo legislador, seja através dos elementos carreados por este, seja através de outros elementos disponíveis.

Por outro lado, ressaltam dois aspetos.

O primeiro decorre da circunstância de na metódica da proibição do defeito estar em causa uma alegada, indiciada ou suspeitada *situação* de omissão, total ou parcial³³⁰⁷, intencional ou não intencional³³⁰⁸, instantânea ou persistente, de normas legislativas destinadas a cumprir um dever constitucional de agir. Em contrapartida, na aplicação da proibição do excesso o comportamento que normalmente está em causa (o "meio") é sempre um ato positivo do legislador, sob a forma de uma ou várias normas³³⁰⁹.

Para efeitos do regime jurídico e da dogmática da proibição do defeito como norma de controlo, a distinção com mais implicações é entre omissões totais e omissões parciais.

Omissão total consiste na inexistência de normas legislativas que intentem ou logrem cumprir pelo menos minimamente o dever de ação.

Omissão parcial verifica-se quando existem normas que intentam e logram o cumprimento do dever de ação, embora sem o realizar completamente³³¹⁰.

A circunstância de o objeto de apreciação ser uma omissão pode suscitar problemas processuais. Em Portugal a fiscalização da constitucionalidade incide sobre *normas* (v. artigos 278.º, n.ºs. 1, 2 e 4, 279.º, n.ºs. 1, 3 e 4, 280.º, n.ºs. 1, 2, 3 e 5, 281.º, n.ºs. 1 e 3). Só em casos circunscritos pode incidir sobre situações de omissão (artigo 283.º).

³³⁰⁷ Sobre as tipologias das omissões, v., por todos, **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, pp. 88 ss.

³³⁰⁸ A imputabilidade subjetiva da omissão não é aqui essencial, ao invés do que sucede, por exemplo, na apreciação da responsabilidade civil do legislador: cfr. **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, p. 13.

³³⁰⁹ Aludindo ao plano específico da necessidade, **Dietlein**, «Das Untermaßverbot», p. 136, exprime a diferença entre o objeto do exame da proibição do excesso e o objeto do exame da proibição do defeito desta forma: enquanto o segmento da necessidade no contexto da proibição do excesso incide sobre uma lei concreta, o segmento da *medida da necessidade* (*Erforderlichkeitsmaß*) no âmbito da proibição do defeito iria além de uma lei concreta, transcendendo-a. Nesse contexto seria averiguado se o legislador cumpriu suficientemente o dever de proteção. Todas as medidas disponíveis neste sentido seriam consideradas neste exame da medida da necessidade. Diferente, **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 962, quando sustenta que a proibição do excesso incide sobre uma medida concreta, enquanto a proibição do defeito tem por objeto apenas um fim concreto e um número indeterminado de atos possíveis. **Clérico**, «Sobre la prohibición...», p. 177, sublinha a indeterminação do meio, em contraste com o que sucede com a proibição do excesso. Cfr. **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, p. 78.

³³¹⁰ No texto consideram-se fungíveis as noções de omissão parcial de cumprimento e de ação parcial de cumprimento, não parecendo defensável a orientação, comum na doutrina portuguesa, de distinguir dogmaticamente as duas figuras, por vezes com resultados manifestamente artificiais (e com consequências de regime, refletidas na aplicação da disciplina ora da inconstitucionalidade por ação, ora por omissão): cfr. o debate e apresentação de todas as classificações de omissões em **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, pp. 80 ss.

Isso implica que, além do limitado contexto processual que o artigo 283.^o proporciona, qualquer episódio de fiscalização da omissão do cumprimento de deveres do legislador tem de ter sempre como epicentro pelo menos *uma norma legislativa*³³¹¹. Pode é suceder que esta seja uma componente de uma *situação* mais vasta de omissão total ou parcial de legiferação. Isso pode suscitar situações de algum artificialismo. Para desencadear a apreciação da constitucionalidade por ação - o veículo mais frequente e mais maneável -, o autor da iniciativa pode ser forçado a identificar uma norma legislativa, mesmo que essa norma seja relativamente lateral ou seja um mero componente, porventura secundário, de uma *situação* de omissão total ou parcial do cumprimento de um dever de ação.

Segundo aspeto, o juiz constitucional não promove normalmente a fiscalização da constitucionalidade por iniciativa própria, mas sim por iniciativa externa (*nemo iudex sine actore*). A quem assume a iniciativa caberá, em princípio, configurar os termos essenciais do objeto da apreciação jurisdicional e os parâmetros constitucionais de referência (as normas constitucionais alegadamente infringidas)³³¹². Isso processa-se através da alegação de omissão total ou parcial de cumprimento de um dever do legislador. Em casos em que o legislador tenha participação processual, o objeto de apreciação pode evoluir, designadamente em consequência dos elementos que forneça sobre avaliações ou ponderações que tenha efetuado.

Nestes termos, a primeira *fixação da perspetiva* depende do autor do processo.

Nos casos típicos que recaem no âmbito da proibição do defeito, ou seja, nos casos de colisões entre um dever de ação e outros deveres de ação ou abstenção, ou outros bens, interesses ou valores não cobertos por nenhum dever constitucional, é razoável admitir que o autor ou requerente do pedido de fiscalização adote uma perspetiva especificamente preocupada com o defeituoso cumprimento de *um* dos deveres em presença.

Isto é particularmente nítido nas constelações triangulares. Se o legislador tiver adotado *M1* - proibição total do aborto, com punição da mulher e dos médicos, exceto se realizado por indicação médica nas dez primeiras semanas -, pode ocorrer

³³¹¹ Vejam-se, em contraste, os § 92.^o e 95.^o, n.^o 1, da Lei do Tribunal Constitucional alemão.

³³¹² Desenvolvemos o tema em *Os processos de fiscalização da constitucionalidade...*, pp. 103 ss.

que alguém solicite ao tribunal constitucional que verifique se as posições jurídicas subjetivas atinentes aos direitos de defesa da mulher são ou não justificadamente afetadas. Alguma doutrina dirá, a propósito, que está em causa a violação ou não da proibição do excesso³³¹³.

Diferentemente, se o legislador tiver optado por *M4* - realização livre, incluindo por vontade da mulher, nas primeiras dez semanas -, pode ocorrer que alguém solicite ao tribunal constitucional que se pronuncie sobre se a posição jurídica subjetiva do nascituro é ou não justificadamente afetada³³¹⁴. Alguma doutrina dirá, agora, que está em causa a violação ou não da proibição do defeito.

Em qualquer destes casos, o tribunal não pode deixar de se pronunciar sobre o *thema decidendi*, isto é, tem de responder à questão de saber se o dever de abstenção ou o dever de proteção foram ou não injustificadamente incumpridos. Contudo, mesmo que a perspectiva de partida do requerente seja unilateral (isto é, preocupada com o eventual incumprimento de apenas um dos deveres colidentes), a apreciação tem de incidir conjugadamente sobre *as duas perspectivas*. Não pode decidir-se se, do ponto de vista constitucional, o dever de abstenção é injustificadamente incumprido com *M1*, ou se o dever de proteção é injustificadamente incumprido com *M4*, sem colocar as duas variáveis da colisão em confronto, verificando se a solução legislativa afeta desproporcionadamente uma em benefício da outra. Por isso, mesmo que a perspectiva de partida seja unilateral, o óculo pelo qual o juiz constitucional observa a situação é bilateral, utilizando para isso um único instrumento: a proibição do defeito paritária. Nesta modalidade, a proibição do defeito cobre simultaneamente o processo de avaliação do alegado defeito de cumprimento do dever de proteção e o alegado defeito de cumprimento do dever de abstenção.

É certo que o defeito de cumprimento do dever de abstenção pode ser reversamente descrito como uma *interferência excessiva* nesse direito. Mas esta componente do excesso integra o próprio instrumento da proibição do defeito na sua arquitetura mais adequada à apreciação das constelações triangulares.

³³¹³ Em certa medida, esse parece ter sido o foco principal do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 85/85, relatado por Vital Moreira.

³³¹⁴ V. acórdão n.º 75/10, do Tribunal Constitucional.

O instrumento da proibição do defeito é, aliás, igualmente aplicável no caso de o legislador ter substituído *M1* por *M2*, *M3* ou *M4*, ou inversamente. Em qualquer dos casos, está em análise se os deveres colidentes foram paritariamente cumpridos pelo legislador, como decorre da proibição do defeito paritária.

3.9.2. Estrutura

O tratamento do tema da estrutura é particularmente relevante, na medida em que a aplicação da proibição do defeito como norma de controlo decorre num contexto ritualizado e, conseqüentemente, propício à segmentação em "passos", "fases", "elementos". Sem embargo, inicialmente foi tema que não mereceu grandes atenções. CANARIS quase o ignora. Hoje, em contraste, é um dos temas que gera mais divergências.

Os defensores das teses (iniciais) mais extremas da congruência entre proibição do defeito e proibição do excesso consideram os três segmentos comuns a ambas, embora possa haver discrepâncias, particularmente no que se refere ao segmento da necessidade³³¹⁵.

Em contrapartida, os que não aderem às teses da congruência nessa versão inicial ou as rejeitam em qualquer versão adotam uma pluralidade de posições. Um setor rejeita a referência a uma estrutura argumentativa semelhante à da proibição do excesso³³¹⁶, concebendo uma estrutura própria, com mais ou menos pontos de coincidência³³¹⁷. Ao invés, outro setor admite uma estrutura tripartida, com

³³¹⁵ **Tzemos, *Das Untermaßverbot***, p. 82, nota, justamente, que nem sempre é claro que haja exata coincidência quanto à estrutura dos três passos, designadamente o da necessidade.

³³¹⁶ **Dietlein**, «*Das Untermaßverbot*», p. 139.

³³¹⁷ **Tzemos, *Das Untermaßverbot***, parece apontar para a incompatibilidade dogmática entre a necessidade e a proporcionalidade e.s.e. e para a inutilidade prática da adequação (p. 32); todavia, recupera nominalmente a proporcionalidade e.s.e. como último passo da sua proibição jusfundamental do defeito em sentido amplo (pp. 181, 184); **Jorge P. Silva**, «Interdição de proteção insuficiente...», pp. 208-209, propõe os passos da aptidão e da efetividade, não sendo claro onde coloca o momento de ponderação que a proibição do defeito comporta.

nomenclatura diversa ou não³³¹⁸, a que acrescem por vezes questões prévias³³¹⁹. Entre estes, há quem entenda que alguns dos segmentos sofrem alterações, designadamente a adequação e a necessidade³³²⁰. Ainda outro setor, partindo de uma identidade estrutural formal entre proibição do excesso e proibição do defeito, acaba por considerar realmente relevante apenas o teste de proporcionalidade em sentido estrito³³²¹, não obstante este estar praticamente ausente do *case law*³³²². Diferente é a posição daqueles que reconhecem somente coincidências estruturais parciais, reduzindo a estrutura a dois segmentos, efetividade e proporcionalidade e.s.e.³³²³, ou a apenas um, proporcionalidade e.s.e.³³²⁴ ou adequação³³²⁵. Este breve apanhado revela a falta de consenso, inclusive sobre tópicos básicos como o da estrutura argumentativa. Desse ponto de vista, o estado de maturação da proibição do defeito está longe daquele que foi atingido pela proibição do excesso. Como veremos de seguida, a resposta sobre a estrutura da proibição do defeito depende de estar em causa a avaliação da justificação de uma omissão total ou de uma omissão parcial. Sempre se admitirá, porém, que, quando possível, a estruturação tripartida permite rentabilizar a mais-valia de racionalidade inerente à adaptação de esquemas de argumentação já estabelecidos a propósito da proibição do excesso.

³³¹⁸ Por exemplo, **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, p. 154: a medida do Estado de cumprimento do dever de proteção deve ser eficiente, suficiente e adequada (*wirksam, ausreichend, angemessen*); **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 273, no contexto da sua tese da proibição do defeito como inversão da proibição do excesso; **Merten**, «Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», pp. 563 ss., adequação, mínimo de proteção e proporcionalidade e.s.e.

³³¹⁹ V. **Möstl**, «Probleme der verfassungsprozessualen...», pp. 1038-1039; **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen...», p. 151; **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», *cit.*; **Merten**, «Grundrechtliche...», p. 239; **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», pp. 215-216; **Pulido**, *El principio...*, p. 808.

³³²⁰ **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», pp. 215-216; **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 172.

³³²¹ **Borowski**, *Grundrechte als Prinzipien...*, 1.^a ed., pp. 119 ss.; 2.^a ed., pp. 196 ss.

³³²² **Pirker**, *Proportionality...*, p. 121.

³³²³ **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», p. 280 (no contexto da tese da proibição do defeito como inversão da proibição do excesso).

³³²⁴ **Störring**, *Das Untermaßverbot...*, p. 236 (no contexto da sua conceção da proibição do defeito como garantia mínima).

³³²⁵ **Nitz**, *Private und öffentliche Sicherheit*, p. 376 (excluindo a aplicabilidade da proporcionalidade e.s.e. e, parcialmente, da necessidade, no contexto da sua tese da proibição do defeito como veículo da garantia da obrigação de proteção mínima, sem otimização).

3.9.2.1. Omissão total

Há quem confira um tratamento unitário ao controlo das omissões parciais e das omissões totais³³²⁶. Contudo, esta opção negligencia diferenças fundamentais entre essas duas classes, com implicações ao nível dos segmentos estruturais da proibição do defeito ou até da própria possibilidade de justificação através desta. Qualquer das modalidades da proibição do defeito pressupõe a determinação do fim ou dos fins prosseguidos pelo legislador através do comportamento alegadamente omissivo. A identificação de um qualquer fim da omissão é uma condição para que o comportamento não seja considerado arbitrário. Não sendo a omissão justificada pela intenção do legislador de prosseguir um fim, determinado ou determinável, o comportamento omissivo é arbitrário e, consequentemente, inválido por violador da proibição do arbítrio³³²⁷.

Além da existência de um fim, é necessário que ele seja *legítimo*. Uma omissão motivada por um fim ilegítimo (sendo ilegítimo, desde logo, o fim de simplesmente incumprir o dever constitucional³³²⁸) é uma omissão à partida insuscetível de justificação.

As omissões totais suscitam, além do mais, o problema do cumprimento do conteúdo mínimo do dever de ação. Se tal conteúdo mínimo puder ser determinado através da interpretação, tem de ser cumprido, não podendo o incumprimento ser justificado. Ora, uma omissão total viola por natureza o conteúdo mínimo. Só na medida em que não seja possível delimitar um núcleo mínimo *absoluto* do dever de ação - isto é, só na medida em que toda a sua extensão seja *prima facie* -, as omissões totais são sujeitas ao crivo da proibição do defeito para efeitos de eventual (in)justificação³³²⁹. Isto diminui, porventura drasticamente, o âmbito da aplicação da proibição do defeito em situações de omissão total.

³³²⁶ Omissões inautênticas e omissões autênticas: **Störring, *Das Untermaßverbot...***, p. 41.

³³²⁷ Diferentemente, **Clérico**, «Sobre la prohibición...», p. 177.

³³²⁸ **Barak, *Proportionality...***, p. 431.

³³²⁹ **Barak, *Proportionality...***, pp. 430-431, não faz esta precisão, sustentando que, em caso de omissão total, *nunca* pode haver justificação da omissão. A posição do texto não vale no contexto da já apresentada tese da inversão da proporcionalidade clássica com vista à sua adaptação às omissões totais da emissão de atos de cumprimento de deveres de proteção: cfr., por todos, **Rassow**, «Zur

3.9.2.1.1. Adequação

Já no ambiente da metódica aplicativa da proibição do defeito começa por se colocar a questão de saber se tem sentido útil a apreciação da adequação do comportamento. A adequação de um comportamento afere-se em função de um fim legítimo: diz-se adequado o comportamento que, em abstrato³³³⁰, se pode considerar capaz de promover minimamente um fim legítimo.

Qual, porém, o fim a considerar? O fim que corresponde ao cumprimento do dever de ação? O fim que corresponde ao cumprimento do dever de abstenção ou de tutela de bens, interesses ou valores não cobertos por um dever constitucional? O fim da superação da colisão entre deveres, quando seja esse o caso?

Ato adequado para cumprir o dever de ação será necessariamente um ato positivo. Portanto, uma omissão total é, por inferência lógica, um comportamento não adequado para prosseguir esse dever. Por isso, a omissão total do comportamento não pode ser justificada pelo objetivo do cumprimento do dever de ação³³³¹. O mesmo se deve concluir sobre a adequação para atingir o fim da superação da colisão entre dois deveres constitucionais. Por natureza, a omissão total do legislador mantém a colisão inalterada, não contribui para a sua superação.

Quanto ao fim do cumprimento do dever colidente, designadamente o dever de abstenção, ou outro fim legítimo livremente prosseguido pelo legislador, a omissão total de comportamento é por natureza adequada. Se a promoção desses fins é afetada por uma qualquer ação do legislador em cumprimento do dever de ação, a omissão total do legislador evita integralmente a afetação. Todavia, um teste cuja aplicação produz invariável e automaticamente o mesmo resultado (para uns fins a

Konkretisierung des Untermaßverbotes», pp. 271 ss., e a crítica de **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., pp. 193-194.

³³³⁰ **Merten**, «Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», p. 563: em abstrato, porque não é possível garantir que, em cada caso, os efeitos são atingidos ou são atingíveis de facto.

³³³¹ Assim, **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., pp. 198-199, referindo-se ao que designa por *exame interno* da adequação.

omissão total é *sempre* inadequada, para outros é *sempre* adequada) é um teste supérfluo³³³².

3.9.2.1.2. Eficiência exigível

Admitindo que a omissão total não é invalidada pela aplicação do parâmetro da garantia do conteúdo essencial do dever de ação e verificada a inocuidade do passo da adequação, importa ver em que termos se coloca a questão da necessidade. Na dogmática da proibição do defeito usam-se também expressões como efetividade (*Effektivität*) ou eficiência exigível³³³³. No contexto da proibição do defeito, o que está em causa, em primeira linha, não é se o meio ou comportamento adotado é necessário para prosseguir um certo fim, mas sim se ele é suficiente para atingir fins constitucionalmente devidos, isto é, se ele é *compatível com a eficiência exigível* na satisfação de fins resultantes da constituição.

A apreciação da *eficiência exigível* de uma omissão total enfrenta problemas similares aos referenciados a propósito da adequação.

Também neste contexto se coloca a questão da referência finalística: a eficiência afere-se em função de que fim? O fim que corresponde ao cumprimento do dever de ação? O fim que corresponde ao cumprimento do dever de abstenção ou de tutela de bens, interesses ou valores não cobertos por um dever constitucional? O fim da superação da colisão entre deveres, quando seja esse o caso? A virtual coexistência desses vários fins implicaria uma construção do segmento da eficiência exigível que os tivesse a todos em referência. Por isso, esse segmento teria de se desdobrar em duas componentes. Por um lado, apurar-se-ia se existe um comportamento alternativo à omissão total que afete menos ou garanta melhor o cumprimento do dever de ação. Por outro lado, verificar-se-ia se esse comportamento alternativo à omissão total afeta menos intensamente ou em igual medida o cumprimento dos

³³³² Coincidente **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 199, a propósito do fim externo.

³³³³ Cfr. **Möstl**, «Probleme der verfassungsprozessualen...», p. 1039; **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen...», p. 151. Outra possibilidade seria a sugestão de **Dietlein**, «Das Untermaßverbot», p. 136, que distingue entre o segmento da necessidade (*Erforderlichkeit*) da proibição do excesso e o segmento da *medida* da necessidade (*Erforderlichkeitsmaß*) da proibição do defeito.

deveres ou os bens, interesses ou valores colidentes³³³⁴. Se existisse uma tal alternativa, a omissão não seria justificável à luz da proibição do defeito.

Ora, no caso das omissões totais (mas não no caso das omissões parciais, como veremos), a existência de uma alternativa com tal configuração é impossível. Há sempre alternativas a uma omissão total capazes de promover mais eficientemente o fim obrigatório *prima facie*, se este for um fim possível (jurídica e faticamente). Todavia, é esperável que todos os meios legislativos que favorecem a realização do fim correspondente ao dever de ação *prima facie* em grau superior à conseguida com a omissão total de ato legislativo produzam necessariamente um impacto negativo sobre os deveres ou os bens, interesses ou valores colidentes.

Esse panorama é particularmente incontornável nas constelações triangulares. Isso pode ser demonstrado com o auxílio das alternativas *M5* e *M4*, embora aí não esteja em causa uma omissão total. *M5* não estabelece qualquer penalização nem impedimento à realização do aborto; *M4* permite a realização livre, incluindo por vontade da mulher, nas primeiras dez semanas. *M4* realiza melhor o cumprimento do dever de proteção do que *M5*, na medida em que proíbe o aborto a partir das dez semanas. Inevitavelmente, *M4* afeta mais intensamente do que *M5* o cumprimento do dever de abstenção do legislador.

Por conseguinte, em caso de omissão total, a verificação da primeira vertente do teste da eficiência exigível - menor afetação do dever de ação - é inconciliável com a verificação da segunda vertente - menor ou igual afetação do cumprimento dos deveres ou dos bens, interesses ou valores colidentes³³³⁵. A estrutura da proibição do defeito como norma de controlo de *omissões totais* não integra o segmento da eficiência exigível.

³³³⁴ **Borowski, *Grundrechte...***, 2.^a ed., pp. 199 ss., distinguindo também, tal como a propósito da adequação, entre exame interno e externo.

³³³⁵ A posição do texto coincide parcialmente com a de **Borowski, *Grundrechte...***, 2.^a ed., pp. 200-201, quando qualifica a necessidade como uma fórmula vazia de conteúdo. No contexto das *omissões totais*, a apreciação do autor é indiscutível: uma alternativa a uma omissão total é sempre uma ação que, particularmente no caso das constelações triangulares, terá um efeito mais intenso sobre os bens, interesses ou valores colidentes. Sem embargo, como veremos, isso não é tão forçoso nas *omissões parciais*.

3.9.2.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito

O curso argumentativo seguido até aqui - ou outros convergentes - implica que, dos três segmentos virtualmente "importáveis" da proibição do excesso, o único que pode eventualmente assumir um papel relevante no controlo da justificação de omissões totais do legislador é o da proporcionalidade e.s.e.³³³⁶.

Numa certa visão, tratar-se-ia de ponderar se o peso do interesse na satisfação do dever de ação *prima facie* supera o peso dos argumentos que falam contra essa satisfação³³³⁷ ou de ponderar o peso da omissão da promoção do direito à prestação com o peso dos fundamentos que justificam essa omissão³³³⁸.

Essa perspetiva não é a preferível.

Por um lado, havendo que avaliar a omissão à luz do objetivo de satisfação de deveres constitucionais, o que se contrapesa são as *intensidades de satisfação* atingidas ou atingíveis com o comportamento do legislador. Por isso, deve ser objeto de ponderação a intensidade de satisfação, resultante da omissão total, dos deveres colidentes e dos bens, interesses ou valores sobre os quais incidem ou, caso não haja dever mas mera permissão, dos bens, interesses ou valores sobre os quais incide tal permissão.

Por outro lado, é relevante a distinção entre as situações de colisão de deveres constitucionais (proibição do defeito paritária) e as situações de colisão de deveres constitucionais de ação com bens, interesses ou valores não tutelados através de um dever constitucional do legislador (proibição do defeito não paritária). É inevitável concluir que uma omissão total, na medida em que representa uma solução de desequilíbrio desfavorável a um dos deveres em causa, um dever de ação (designadamente um dever de proteção) que é integralmente incumprido, *é sempre violadora* do segmento da proporcionalidade em sentido estrito. Já se se tratar de um caso de colisão entre deveres de ação (por exemplo, deveres de materialização de direitos sociais) e outros bens, interesses e valores que o legislador possa

³³³⁶ Cfr., por todos, **Störring, *Das Untermaßverbot***..., p. 236: há lesão do princípio da proibição do defeito apenas quando os interesses de proteção suplantam consideravelmente os fundamentos para a omissão ou abstenção do Estado ou quando a ponderação realizada assenta em assunções ou prognoses reconhecidamente erróneas. Cfr., também, **Borowski, *Grundrechte***..., 2.^a ed., p. 201.

³³³⁷ **Störring, *Das Untermaßverbot***..., p. 236.

³³³⁸ **Borowski, *Grundrechte***..., 2.^a ed., p. 201.

legitimamente acautelar, se não houver garantia de conteúdo mínimo e se a salvaguarda dos bens, interesses ou valores fornecer argumentos manifestamente superiores, *em tese* não é impossível (mas é altamente improvável) que a omissão total resista ao crivo da proibição do defeito e seja, portanto, justificada.

Não obstante esta última (remota) possibilidade, é de concluir que mesmo que a omissão total suplante com êxito parâmetros prejudiciais, como a proibição do arbítrio e a garantia do conteúdo essencial, as hipóteses de lograr justificação à luz do parâmetro da proibição do defeito são escassas.

3.9.2.2. Omissão parcial

Na omissão parcial a situação de partida é a existência de medidas produzidas pelo legislador alegadamente direcionadas para o cumprimento de deveres de ação. Todavia, são suscitadas dúvidas sobre se os promovem ao nível e com a intensidade concretamente exigível e em termos suficientes³³³⁹.

Em termos lógicos, uma omissão parcial do cumprimento é incindível de uma ação de cumprimento parcial³³⁴⁰. Fixada a omissão/ação parcial, a proibição do defeito estrutura o processo de apreciação da *justificação constitucional* da parcialidade do (in)cumprimento. A intercambialidade lógica entre omissão e ação parciais permite que os segmentos da proibição do defeito convoquem, umas vezes, o ângulo do comportamento negativo (a omissão), outras, o do positivo (a ação).

Qualquer fim prosseguido com o ato parcialmente omissivo tem de ser legítimo, o que pressupõe a sua determinabilidade. Se o fim prosseguido não estiver expressamente identificado e determinado, deve ser pelo menos determinável. O efetivo apuramento do pressuposto do fim conflitual legítimo tem relevo exclusivamente quando se trate de colisões entre deveres de ação e fins de interesse público, uma vez que, detetando-se colisão de deveres constitucionais (designadamente de proteção e de abstenção), pode presumir-se que a omissão

³³³⁹ Os dois casos julgados pelo Tribunal Constitucional que temos vindo a citar (acórdãos n.ºs 75/10 e 166/10) situam-se nesta categoria.

³³⁴⁰ Por isso, pode ser difícil destrinçar no caso concreto o que constitui uma inconstitucionalidade por omissão e o que constitui uma inconstitucionalidade por ação. Cfr. **Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...***, p. 58.

parcial promove o fim legítimo do cumprimento do dever constitucional contraposto, mesmo que isso não seja intuído pelo próprio legislador. Nos desenvolvimentos subsequentes partiremos do princípio de que é possível isolar com precisão suficiente os fins conflituais que o legislador quis fomentar em termos que o inibiram do cumprimento integral do dever de ação *prima facie* na sua extensão ideal. Os fins não obrigatórios estão frequentemente relacionados com a proteção dos interesses financeiros do Estado e com a boa gestão dos recursos disponíveis.

Omissão parcial não justificada pela promoção de fim contraditório com o dever de ação viola a proibição do arbítrio³³⁴¹.

A propósito das omissões totais, verificámos que a aplicação da proibição do defeito consiste, quando muito, numa operação de ponderação bilateral. Já no caso das omissões parciais do cumprimento do dever de ação é viável a aplicação da estrutura tridimensional, como veremos de seguida³³⁴².

3.9.2.2.1. Adequação

Por definição, diz-se adequado o comportamento parcialmente omissivo que, numa apreciação abstrata, se mostra capaz de promover minimamente um fim legítimo.

Tal como nas omissões totais, pergunta-se qual o fim a considerar: o fim do cumprimento do dever de ação? O fim do cumprimento do dever colidente ou de tutela de bens, interesses ou valores não cobertos por um dever constitucional? O fim da superação da colisão entre deveres, quando seja esse o caso?

Consoante as modalidades da proibição do defeito, assim importam diferentes tipos de fins. Mas há um traço comum: em contraste com o que sucede com a proibição do excesso, há sempre pelo menos dois fins prosseguidos (nuns casos,

³³⁴¹ Admitindo, todavia, a validade de uma omissão parcial quando o legislador não teve simplesmente consciência da possibilidade de ir mais longe, não prosseguindo, portanto, qualquer fim deliberado, **Gellermann, *Grundrechte im einfachgesetzlichen...***, p. 348.

³³⁴² Numa primeira leitura, poderia parecer que o Tribunal Constitucional aplica apenas dois segmentos: a adequação e a proporcionalidade e.s.e.: v. acórdão n.º 166/10, n.º 13. No entanto, uma leitura atenta revela que há também a aplicação do segmento da necessidade, que, aliás, no caso concreto foi violado, determinando a declaração da inconstitucionalidade da norma apreciada.

obrigatoriamente, noutros, em parte, facultativamente)³³⁴³ pelo legislador, com referência aos quais se afere a adequação.

Diferentemente da omissão total, o comportamento parcialmente omissivo ou, mais exatamente, a dimensão de cumprimento parcial que lhe é inerente, deve sempre ser adequado para prosseguir minimamente o fim do cumprimento do dever de ação, qualquer que seja a colisão em que esteja envolvido.

Quando esse dever de ação colidir com um dever de abstenção (situação mais frequente) ou com outro dever de ação, o comportamento parcialmente omissivo deve ser adequado para atingir minimamente o fim da superação da colisão entre os dois deveres constitucionais.

Quando o dever de ação colidir com a prossecução de um fim legítimo autorizado mas não devido, o comportamento omissivo, na sua dimensão de omissão parcial, deve ser adequado para prosseguir minimamente tal fim legítimo.

A consequência da inadequação do comportamento parcialmente omissivo para prosseguir o fim do cumprimento de um dever de agir é a sua apreciação como uma situação de omissão total.

Consequentemente, o segmento da adequação reporta-se à capacidade de as medidas já adotadas pelo legislador, *vistas pelos seus ângulos positivo e negativo*, promoverem os vários fins relevantes, designadamente o fim do cumprimento do dever *prima facie* de ação e os demais fins prosseguidos pelo legislador através da medida parcialmente omissiva³³⁴⁴. Para que a norma legislativa supere este primeiro teste da proibição do defeito, tem de ser adequada quer para o fomento do fim de prestação em sentido amplo, quer para o fomento de outros fins conflituais³³⁴⁵.

³³⁴³ Cfr., por todos, **Borowski, Grundrechte...**, 2.^a ed., pp. 198-199, distinguindo exame interno e externo.

³³⁴⁴ Para uma orientação diferente, **Barak, Proportionality...**, pp. 430 ss. (considerando como fins a atender apenas os da abstenção de intervenção em direitos negativos ou de proteção de interesses públicos).

³³⁴⁵ É isto que leva **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen...», p. 151, a observar que a adequação em sede de proibição do defeito coincide parcialmente (como sustenta a *Kongruenzthese*) com a adequação em sede da proibição do excesso quando esteja em apreciação um meio que vise a proteção de um direito restringindo outro direito. Nesse caso, o meio só pode ser adequado no contexto da proibição do excesso se também for adequado no contexto da proibição do defeito.

Pode questionar-se, porém, se o segmento da adequação não representa uma exigência que já decorreria do conteúdo mínimo absoluto do dever do legislador, particularmente quando esse conteúdo mínimo absoluto for determinável³³⁴⁶.

Qual o grau de adequação? Basta uma adequação *mínima*, como na proibição do excesso, ou é exigível um nível mais elevado do que um mínimo de adequação/eficiência? Uma exigência de grau máximo implicaria obviamente reduzir o exame da proibição do defeito ao primeiro passo, alienando a possibilidade de beneficiar integralmente de todas as instâncias indutoras de racionalidade da decisão que este dispositivo de mediação da ponderação e harmonização faculta³³⁴⁷.

Porém, não se vê razão para excluir liminarmente a possibilidade de, em certas situações, se exigirem modulações do segmento da adequação superiores à eficiência mínima na causação dos efeitos visados³³⁴⁸.

3.9.2.2.2. Eficiência exigível

Trata-se de examinar se o comportamento omissivo foi eficiente na medida do concretamente exigível na prossecução dos fins relevantes: os fins do cumprimento do(s) dever(es) de ação ou dele(s) e do dever de abstenção e da superação da colisão entre eles, quando for esse o caso; ou os fins do cumprimento do dever de ação e da prossecução de bens, interesses ou valores colidentes não cobertos por um dever constitucional.

³³⁴⁶ É só nesse cenário - determinabilidade do conteúdo mínimo do dever - que o argumento de **Gellermann, *Grundrechte im einfachgesetzlichen...***, p. 347, produzido no quadro de demonstração da *inutilidade* da proibição do defeito como figura autónoma, é válido. Nesse caso, a exigência de adequação não transporta nada que não resulte já diretamente do comando jusfundamental de ação. Sendo a medida totalmente inadequada, não corresponde à exigência mínima que ele está obrigado em absoluto a materializar, isto é, ao patamar indisponível mínimo de cumprimento; coincidente, **Nitz, *Private...***, p. 375.

³³⁴⁷ **Clérico**, «Sobre la prohibición...», p. 179.

³³⁴⁸ **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 180, propõe uma construção que distingue entre a idoneidade do meio para fomentar em *geral e em abstrato* o fim e a idoneidade para fomentar em *concreto e no caso individual* aquele fim. Da consideração dos diversos fatores resultariam juízos débeis de idoneidade e juízos claros de (in)idoneidade. A base teórica não é suficientemente clara: por exemplo, admite que um meio possa ser idóneo em concreto para atingir fins mas não em abstrato, hipótese difícil de conceber.

O segmento da eficiência exigível da proibição do defeito como norma de controlo não impõe, nem permite, que o juiz constitucional aplique como parâmetro de apreciação a melhor solução possível, ou seja, *a medida mais eficiente* disponível na prossecução dos fins relevantes³³⁴⁹. A proibição do defeito como norma de controlo não habilita o juiz a uma tarefa que deve competir exclusivamente ao legislador: a descoberta da melhor solução ou da solução ótima^{3350/3351}. Há que evitar que o juiz se transforme num legislador de substituição (*Ersatzgesetzgeber*). Como sucede com o segmento da necessidade da proibição do excesso, a operação central do segmento da eficiência exigível é uma *comparação* de meios alternativos disponíveis³³⁵². Bastante do que a propósito daquela se deixou escrito - designadamente quanto ao fator financeiro - é aplicável *mutatis mutandis*.

Mais uma vez, há que distinguir entre a proibição do defeito paritária e a proibição do defeito não paritária.

Nos termos da primeira, ao juiz compete exclusivamente determinar, através dessa operação comparativa, se se verifica alguma de duas situações, ambas invalidantes da omissão parcial: por um lado, a evidente existência de medida(s) alternativa(s) à(s) vigente(s) que satisfaça(m) mais eficientemente o dever de ação, satisfazendo em igual medida que as vigentes os deveres colidentes (alguns autores reduzem o

³³⁴⁹ Michael, «Die drei Argumentationsstrukturen...», p. 151.

³³⁵⁰ Também o Tribunal Constitucional rejeita a procura da melhor solução possível ou da *medida mais eficiente* disponível na prossecução dos fins relevantes. Cfr. o que se escreve no acórdão n.º 75/10 (Sousa Ribeiro) do Tribunal Constitucional: "(...) o cumprimento [do dever de protecção] está sujeito a uma medida mínima sendo violada a proibição da insuficiência ("*Untermassverbot*") quando as normas de protecção ficam aquém do constitucionalmente exigível" (n.º 11.4.3.). Diz o Tribunal mais adiante: "(...) cumpre apreciar apenas se o regime de direito ordinário, globalmente considerado, traduz ou não a realização eficiente do mínimo de protecção constitucionalmente exigido da vida intrauterina, incluindo da vida do embrião nas primeiras 10 semanas. Não importa averiguar se outras medidas alternativas às adotadas protegeriam em maior grau esse bem. O legislador era *livre* (no limite da proibição do excesso) de implantar essas medidas, mas não estava *vinculado* a fazê-lo. Contrariamente ao que se lê no pedido, a questão não está, pois, em saber se não existem outros meios "que melhor protejam o valor da vida". Está apenas em saber se o meio concretamente escolhido satisfaz ou não o mínimo de protecção."

³³⁵¹ Embora partindo de pressupostos teóricos distintos, neste aspeto há coincidência com Gellermann, *Grundrechte...*, pp. 348-349.

³³⁵² Assim, Clérico, «Sobre la prohibición...», p. 189.

segmento da eficiência exigível a esta vertente^{3353/3354}); por outro lado, a evidente existência de medida(s) alternativa(s) à(s) vigente(s) que satisfaça(m) com igual eficiência o dever de ação, satisfazendo em maior medida que as vigentes o cumprimento dos deveres colidentes. Esta segunda vertente, quando o dever colidente for um dever de abstenção, incorpora na estrutura da proibição do defeito uma componente de garantia contra o excesso, na medida em que induz à adoção de alternativas menos interferentes no direito de defesa³³⁵⁵. Se se verificar que há *pelo menos uma* medida alternativa com esses predicados, o comportamento parcialmente omissivo objeto de apreciação não é justificável à luz da proibição do defeito.

Note-se que se entende que é improvável a existência de alternativas que satisfaçam mais o dever de ação e, simultaneamente, satisfaçam *mais* o dever colidente³³⁵⁶. Mas não é impossível a existência de medidas que satisfaçam mais o dever de ação, satisfazendo em igual medida os deveres colidentes³³⁵⁷, ou de medidas que satisfaçam em igual medida o dever de ação, satisfazendo em maior medida os deveres colidentes.

Suponha-se que a par de *M3*, que permite a realização livre do aborto nas primeiras dez semanas, apenas com necessidade de sujeição a um programa de aconselhamento indiferenciado e com assistência financeira do Estado, há *M3^a*, que especifica que o aconselhamento é realizado por assistentes sociais altamente

³³⁵³ **Möstl**, «Probleme der verfassungsprozessualen...», p. 1039; **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen...», p. 151; **Pulido**, *El principio...*, p. 810 (abrindo a hipótese não demonstrada de, além de uma medida alternativa mais eficiente, poder haver uma *abstenção* mais eficiente); **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», pp. 215-216; **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 200; **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 188 (propondo até a denominação "exame do meio alternativo mais idóneo", de modo a expressar que na proibição do defeito o foco central da necessidade não é a procura de uma alternativa *menos lesiva*, mas sim de uma alternativa *mais idónea* ou mais eficiente). Esta fórmula afasta-se das que imputam ao segmento da necessidade um sentido idêntico, esteja-se no âmbito da proibição do defeito ou do excesso, em alguns casos mudando apenas a perspetiva, isto é, partindo da perspetiva do direito de defesa ou partindo da perspetiva do dever de ação, como **Borowski**, *Grundrechte als Prinzipien...*, 1.^a ed., p. 120 (cfr., porém, segunda edição, citada acima).

³³⁵⁴ O acórdão n.º 166/10, do Tribunal Constitucional, é, à primeira vista, ilustrativo desta operação: v. *supra*, capítulo 5.

³³⁵⁵ Cfr., em sentido aparentemente diverso, **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 200.

³³⁵⁶ **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., pp. 200-201.

³³⁵⁷ Cfr., porém, **Borowski**, *idem*.

especializados. É plausível considerar que *M3^a* satisfaz mais eficientemente que *M3* o dever de proteção, satisfazendo em igual medida o dever de abstenção.

Suponha-se, por outro lado, que *M3* não inclui o dever de sigilo para os médicos envolvidos, enquanto *M3^{aa}* impõe o dever de sigilo. É plausível considerar que *M3^{aa}* satisfaz tanto quanto *M3* o dever de proteção, mas satisfaz melhor os direitos de defesa da mulher.

Por seu turno, nos termos da proibição do defeito não paritária compete ao juiz determinar, através da operação comparativa, se existe(m) evidentemente medida(s) alternativa(s) à(s) vigente(s) que satisfaça(m) mais eficientemente o dever de ação, afetando em igual ou menor medida a satisfação dos fins colidentes. Neste contexto não tem aplicação a segunda vertente da proibição do defeito paritária, uma vez que os bens, interesses ou valores colidentes não estão protegidos por um dever constitucional do legislador.

Alguns autores, sublinhando a raridade das situações de aplicação do segmento da eficiência exigível, propõem, pura e simplesmente, que a proibição do defeito se resuma a um teste de proporcionalidade em sentido estrito.

3.9.2.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Para alguns, a inconsequência da adequação e da eficiência exigível conduz a que o teste mais relevante seja o da proporcionalidade em sentido estrito³³⁵⁸.

Contrapesa-se a *importância dos efeitos jurídicos e materiais de satisfação* dos bens, interesses ou valores objeto dos deveres colidentes, ou dos bens, interesses e valores não cobertos por deveres, produzidos ou atingíveis com os comportamentos do legislador.

³³⁵⁸ Porém, o *case law* constitucional alemão mostra a ausência deste terceiro nível de apreciação: cfr. **Pirker, *Proportionality***..., p. 121. O panorama não é substancialmente diferente em Portugal. Apesar disso, uma tendência não maioritária da doutrina considera que o conteúdo garantístico da proibição do defeito se resume quase exclusivamente a uma operação de ponderação do peso das razões a favor do acréscimo do nível de proteção e das razões a favor da inércia (**Störring, *Das Untermaßverbot***..., p. 223). Do ponto de vista estrutural, a proibição do defeito prescindiria dos exames da adequação e da necessidade e consistiria simplesmente numa operação de ponderação equivalente à da proporcionalidade e.s.e..

Como noutras vertentes já estudadas, é relevante a distinção entre a proibição do defeito paritária e não paritária.

No primeiro caso o juiz constitucional verifica se a situação existente de omissão parcial se traduz num evidente desequilíbrio desfavorável a um dos deveres em causa, o dever de ação ou os deveres contrapostos (como em *M5*).

Já se se tratar de um caso de colisão entre deveres de ação (por exemplo, deveres de materialização de direitos sociais) e outros bens, interesses ou valores que o legislador possa legitimamente acautelar, examina se os argumentos que fundamentam a satisfação destes últimos têm um peso e importância manifestamente inferiores ao peso e importância da satisfação do dever constitucional *prima facie*, na componente em falta³³⁵⁹.

Em qualquer dos casos, se a resposta for positiva, a omissão parcial não é justificada, havendo violação da proibição do defeito.

Alguns autores propõem uma correção desta orientação através de uma regra de "*sobreproporcionalidade*": quanto mais baixo for o grau de incumprimento do dever de agir, menos fortes têm de ser as razões que justificam o incumprimento; à medida que aquele grau de incumprimento for aumentando, aproximando-se do grau máximo de incumprimento, cresce mais do que proporcionalmente a exigência de peso das razões justificadoras desse incumprimento³³⁶⁰.

3.9.3. Extensão e alcance dos poderes do juiz constitucional

Se respeitássemos integralmente a arrumação das matérias que seguimos a propósito da proibição do excesso, concluída a exposição sobre a estrutura,

³³⁵⁹ A equação ponderativa assume formulações que variam de autor para autor. **Borowski**, *Grundrechte als Prinzipien...*, 1.^a ed., pp. 120-121: o princípio da proporcionalidade em sentido estrito da proibição do defeito exige uma ponderação do peso da omissão do fim a atingir com os fundamentos que justificam essa omissão. **Clérico**, «Sobre la prohibición...», p. 199, alude à importância e intensidade da *satisfação* de bens, interesses ou valores que tenha sido conseguida à custa do *sacrifício parcial* do dever de prestação *prima facie* do legislador. Outra possibilidade é a perfilhada pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 166/10: "a ponderação é efectuada, portanto, através do confronto entre a *intensidade do sacrifício imposto à posição jusfundamental* e a *necessidade e vantagem para o interesse público resultante desse mesmo sacrifício*" (itálico aditado).

³³⁶⁰ **Clérico**, «Sobre la prohibición...», p. 201. A autora defende ainda que, em certos casos de cumprimento extremamente baixo, há uma presunção ilidível de violação da proibição do defeito (*ob. cit.*, p. 202).

conteúdo e metódica da proibição do defeito como norma de ação e norma de controlo, procederíamos ao estudo da extensão e alcance dos poderes do juiz constitucional na respetiva aplicação. Não cabendo aqui um desenvolvimento exaustivo dessa matéria, deixamos alguns apontamentos sobre os seguintes tópicos: (i) delimitação da competência de exame da proibição do defeito pelo juiz constitucional; (ii) intensidade de controlo; (iii) grau de prova necessário para a declaração de inconstitucionalidade por violação da proibição do defeito; (iv) consequência da declaração de inconstitucionalidade por violação da proibição do defeito.

3.9.3.1. Delimitação da competência de exame da proibição do defeito pelo juiz constitucional

No contexto constitucional português trava-se um debate doutrinal sobre a existência de competência e de via processual adequada para a apreciação do cumprimento dos deveres de ação do legislador, de omissões legislativas ou da violação da proibição do defeito como veículo racionalizador do juízo sobre a existência e justificação dessas omissões³³⁶¹.

Como observámos no início do presente capítulo, o artigo 283.º, reflexo de preocupação com as omissões legislativas superior àquela que vemos na maior parte das Constituições congéneres, não pode ser interpretado como um fator impeditivo ou limitativo da apreciação de eventuais incumprimentos de deveres de ação do legislador no âmbito da Constituição. Por isso, merece aplauso e adesão a doutrina que propõe uma interpretação extensiva/corretiva do mencionado preceito, por forma a abarcar todas as possibilidades de incumprimentos de deveres de legiferação, tenham ou não que ver com a plena exequibilidade de normas constitucionais³³⁶².

³³⁶¹ Para uma discussão e visão geral do tema do controlo das omissões legislativas, numa perspetiva comparada e nacional, **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, pp. 95 ss.

³³⁶² Assim, **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, p. 145; **Miranda**, *Manual...*, vol. VI, 4.ª ed., pp. 376 ss.

Mais difícil é a questão de saber se pode haver fiscalização concreta da constitucionalidade de omissões, como alguma doutrina avança³³⁶³, mas outra rejeita³³⁶⁴.

3.9.3.2. Intensidade de controlo

Referindo-se especificamente à realização dos deveres de proteção, HESSE escreveu há alguns anos que essa é uma tarefa primária do legislador. Por isso, a necessidade de limites da jurisdição constitucional reveste-se aí de maior premência³³⁶⁵. A exclusão total ou parcial do controlo jurisdicional ou a limitação da sua intensidade pode ser estabelecida pela constituição sem que por isso esta perca o seu carácter de ordem fundamental ou de quadro normativo³³⁶⁶. A norma de controlo que parametriza o exame jurisdicional da realização dos deveres constitucionais de legiferação tem um alcance menor do que o da norma material vinculativa (de ação) dirigida ao legislador. Por outras palavras, pode dizer-se que a proibição do defeito obriga o legislador a mais do que aquilo que o tribunal constitucional pode controlar. Não existe congruência ou identidade entre a norma material (de ação) e a norma de controlo³³⁶⁷.

Do ponto de vista da intensidade do controlo pelo juiz constitucional, não parece que devam existir diferenças consoante se trate de situações abrangidas pela proibição do defeito paritária ou pela proibição do defeito não paritária.

³³⁶³ **Fausto de Quadros**, «Omissões legislativas...», p. 59; **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, pp. 167 ss., assentando o seu raciocínio na ficção da existência, em caso de omissão legislativa, de uma norma legal implícita contrária à Constituição, que, por isso, os tribunais devem desaplicar (*ob. cit.*, pp. 195 ss.).

³³⁶⁴ **Miranda**, *Manual...*, vol. VI, 4.^a ed, p. 398, com argumentos que parecem incontornáveis, designadamente a inaceitabilidade de "qualquer juiz, em qualquer caso concreto [...] emanar ele próprio, por interpretação ou por integração, a norma que o órgão legislativo, e só ele, deveria emitir"; v., também, **Carlos Blanco de Moraes**, *Justiça...*, vol. II, p. 551.

³³⁶⁵ **Hesse**, «Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung...», p. 554.

³³⁶⁶ *Idem*, p. 559.

³³⁶⁷ *Idem*, pp. 557-558.

A matriz referencial é a seguinte: o grau de intensidade do exame consentido ao, ou requerido do juiz constitucional é *mínimo*³³⁶⁸. No controlo da proibição do defeito, espera-se do juiz uma atitude de deferência para com o legislador ou, mais rigorosamente, para com a sua margem de avaliação empírica (diagnósticos, prognósticos).

Por outro lado, o juiz constitucional está impedido de substituir as valorações do legislador pelas suas próprias, uma vez que, tal como nas prognoses, falta um parâmetro normativo material estabelecido pela Constituição.

Não se exclui, todavia, que, excecionalmente, quando estiver em causa a proteção, operacionalização ou materialização de direitos de maior significado (como o direito à vida), o controlo se intensifique³³⁶⁹.

3.9.3.3. Grau de prova necessária para a declaração de inconstitucionalidade por violação da proibição do defeito

As decisões de inconstitucionalidade por violação da proibição do defeito devem ser, em regra, sustentadas num critério de *evidência*³³⁷⁰. Esta opção é ainda mais imperativa do que no caso da proibição do excesso.

³³⁶⁸ Com fundamentos e implicações que podem variar significativamente, a opção por um controlo mínimo (*Minimalkontrolle*) é partilhada por uma parte considerável da doutrina, em harmonia com a jurisprudência do *BVerfG*: v. **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 961. Divergimos da doutrina vertida pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 75/10. Tal como se assinalou (v. *supra*, neste capítulo, 3.9.2.2.2., nota), o Tribunal circunscreve o seu poder jurisdicional a apurar “se o meio concretamente escolhido satisfaz ou não o mínimo de proteção.” Pela nossa parte, entendemos que embora o juiz constitucional disponha apenas de poder de controlo mínimo, ou de intensidade mínima, como se defende no texto, isso não quer dizer que o Tribunal não possa declarar a invalidade de uma norma que, embora cumpra o mínimo de proteção, tem alternativa(s) que evidentemente cumpre(m) melhor a exigência da proibição do defeito.”

³³⁶⁹ **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 961; **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 184.

³³⁷⁰ **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen...», p. 151; **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, p. 36; **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 961, citando a jurisprudência do *BVerfG*. Cfr., porém, **Rassow**, «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», pp. 266-267, e **Calliess**, «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...», p. 205, notando que não é claro se o controlo de evidência é considerado pelo Tribunal Constitucional um parâmetro diferente ou alternativo à proibição do defeito. Todavia, alguns autores advertem para que é indesejável cair numa tese de evidência *altamente deferente*. **Störring**, *Das Untermaßverbot...*, p. 223, propõe a adoção de uma intensidade de controlo identificada com o conceito de *defensabilidade*. Neste caso, o juiz constitucional poderia sobrepor as suas próprias valorações às do legislador quando estas fossem indefensáveis (*Unvertretbar*), o que seria o caso quando o peso dos deveres de ação superasse

De acordo com um critério de evidência, as apreciações anteriormente realizadas pelo legislador, na medida em que seja possível reconstruí-las (*maxime* através da sua própria intervenção processual), só são superáveis se o juiz puder atingir a convicção de que aquelas são *evidentemente* incorretas ou assentam *evidentemente* em avaliações e prognoses errôneas³³⁷¹. O mesmo se diga em relação às valorações do legislador.

3.9.3.4. Consequência da declaração de inconstitucionalidade por violação da proibição do defeito

No caso do princípio da proibição do excesso, apurada a sua violação por uma norma, o juiz declara a respetiva invalidade, com a (tendencial) consequência da sua erradicação do ordenamento jurídico.

A situação é menos linear na proibição do defeito.

Nas omissões totais não há norma sobre a qual incida uma declaração de invalidade. Nas omissões parciais há norma. Todavia, embora não se possa excluir de pleno que a verificação de uma violação da proibição do defeito se traduza na invalidade de uma norma, a consequência pode não ser a sua erradicação do ordenamento jurídico, uma vez que a invalidade não resulta dos seus efeitos positivos, mas da sua insuficiência.

Quer nas omissões totais, quer nas parciais, uma primeira possibilidade é limitar o poder do juiz constitucional à *simples declaração da inconstitucionalidade* da situação de defeito ou de insuficiência, deixando ao legislador liberdade de avaliação, valoração e conformação da forma como a supera. Outra hipótese, é o juiz

claramente o peso dos fundamentos da omissão do legislador ou a ponderação realizada por este assentasse em assunções empíricas ou prognoses claramente equivocadas.

³³⁷¹ Essa é a tendência da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão sobre a proibição do defeito (embora não seguida na sua decisão "fundadora", a segunda decisão sobre o aborto: cfr. **Möstl**, «Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung...», p. 1037; **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen...», p. 151; **Matthias Mayer**, *Untermaß, Übermaß...*, p. 36;), com apoio de apenas parte da doutrina: há violação da proibição do defeito quando as provisões do poder público não atingem em geral o fim de proteção comandado ou as medidas são totalmente inadequadas ou insatisfatórias. Sobre isso, **Oliver Klein**, «Das Untermaßverbot...», p. 962. Críticos, além de **Störring** (v. nota acima): **Tzemos**, *Das Untermaßverbot*, pp. 89 ss. (a autolimitação do Tribunal Constitucional a um critério de evidência não é conforme à Constituição, *ob. cit.*, p. 96); **Clérico**, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», pp. 184-185.

estabelecer balizas materiais suscetíveis de enquadrar as futuras opções do legislador. Uma possibilidade extrema pode ser a indicação do único meio suscetível de resolver a situação de cumprimento defeituoso³³⁷².

A primeira orientação³³⁷³ tem acolhimento no artigo 283.º, n.º 2³³⁷⁴. Ela poderia ser adotada para todas as omissões, totais e parciais, mas há que admitir que fica aquém de plúrimas fórmulas que os tribunais constitucionais conceberam, sobretudo a propósito das omissões parciais. Em várias ordens jurídicas não faltam exemplos de decisões "aditivas", "substitutivas" ou rotuladas de outro modo³³⁷⁵. Apesar da persistente controvérsia que as rodeia, essas modalidades decisórias parecem hoje ser mais toleradas. É certo que foram concebidas para acorrer a situações de inconstitucionalidade por omissão num contexto em que a apreciação desta possivelmente ainda não é mediada pela utilização do instrumento racionalizador da proibição do defeito. Mas, em termos gerais, elas indiciam que o juiz constitucional se sente legitimado ou impulsionado a ir mais longe do que uma simples declaração da inconstitucionalidade, ou até do que uma recomendação, diretiva ou injunção dirigida ao legislador, chegando a construir ele próprio *uma norma* que supre a situação (parcialmente) omissiva.

Sem embargo e sem prejuízo da conveniência de manter alguma abertura a essas opções que permita ocorrer a situações extremas³³⁷⁶, sendo decisiva a sensibilidade do juiz às circunstâncias do caso³³⁷⁷, não se deve perder de vista que a orientação geral constitucionalmente adequada é a *simples declaração da inconstitucionalidade* da situação de defeito ou de insuficiência.

³³⁷² Clérico, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 203.

³³⁷³ V. Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß...*, p. 146 e Störring, *Das Untermaßverbot...*, p. 224.

³³⁷⁴ Apesar do seu alcance limitado e da sua quase irrelevância na jurisprudência constitucional, este preceito é bem explícito na delimitação restritiva dos poderes do Tribunal Constitucional que se deve limitar a dar conhecimento da inconstitucionalidade por omissão do legislador. Na doutrina nacional v., por todos, Miranda, *Manual...*, vol. VI, 4.ª ed., pp. 380 ss.

³³⁷⁵ Sobre estas decisões, v. Canas, *Introdução...*, pp. 92 ss.; Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...*, pp. 120 ss., focando especialmente os casos italiano e espanhol.

³³⁷⁶ Conforme defendemos em *Introdução às decisões de provimento...*, 1.ª ed., pp. 43 ss. V., por todos, Miranda, *Manual...*, vol. VI, 4.ª ed., p. 394.

³³⁷⁷ Cfr. Clérico, «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia...», p. 203; em sentido diverso, Störring, *Das Untermaßverbot...*, pp. 212 ss.

3.10. Súmula conclusiva

3.10.1. Em geral

Proibição do excesso e proibição do defeito têm autonomia analítico-dogmática. A *vexata quaestio* da escolha entre as teses da congruência e as teses da autonomia propende a ser ultrapassada. Na verdade, embora a proibição do defeito numa das suas modalidades *incorpore* estruturalmente freios limitadores da capacidade expansiva dos deveres de ação, freios esses que traduzem a *ratio* da proibição do excesso, proibição do defeito e proibição do excesso são duas figuras autónomas, com âmbitos e perspectivas de aplicação, estruturas, funções e metódicas aplicativas diferentes.

Deve distinguir-se entre sentido próprio e alguns sentidos mais latos e impróprios de proibição do defeito. A proibição do defeito em sentido próprio é um instrumento de harmonização que envolve operações de ponderação. A proibição do defeito em sentido lato ou impróprio comporta aplicações que não envolvem ponderação. A proibição do defeito em sentido próprio tem fundamento semelhante à proibição do excesso e, tal como esta, filia-se num pensamento de ponderação e harmonização. Não se confunde com a figura dos deveres de proteção.

Dicotomia essencial para a delimitação das modalidades da proibição do defeito é a que aparta a proibição do defeito como norma de ação e como norma de controlo.

3.10.2. Proibição do defeito como norma de ação

O destinatário da proibição do defeito como *norma de ação* é o legislador (e, embora tal não interesse para esta investigação, outras entidades do Estado).

Para efeitos da proibição do defeito *como norma de ação*, importa distinguir consoante os comportamentos - ativos ou omissivos - do legislador respeitam: (i) a situações de colisão entre dois deveres seus com igual força constitucional, um de

ação, outro de ação ou de abstenção; ou (ii) a situações de colisão entre um dever de ação e a permissão de promoção de um bem, interesse ou valor que não é objeto de nenhum dever constitucional.

Esta distinção tem pelo menos uma implicação relevante: a colisão entre dois deveres com igual força retratada em (i) desencadeia um meta-dever do legislador de a superar.

À modalidade (i) atribui-se a designação proibição do defeito paritária; à modalidade (ii), proibição do defeito *não paritária*. A primeira visa uma *harmonização* paritária. A segunda permite uma *harmonização não paritária*. Na primeira modalidade o princípio guia a decisão do legislador por forma a que esta atinja o desiderato final do cumprimento do referido meta-dever; na segunda modalidade, guia e limita a decisão de incumprimento ou de não cumprimento integral de um dever de ação.

Tal como sucede com a proibição do excesso como norma de ação, a metódica da proibição do defeito como norma endereçada ao legislador parece propender para uma aplicação *condensada*, mas tal não é inevitável, uma vez que isso decorre de questões institucionais e não de fatores materiais ou estruturais. Mediante adaptações das normas de procedimento legislativo, os vários segmentos da proibição do defeito podem ser individualizados na fase mais ritualizada do procedimento de feitura das leis, a fase posterior à formalização de uma iniciativa legislativa, particularmente se o órgão competente para o respetivo debate e aprovação for o parlamento³³⁷⁸. Em qualquer caso, independentemente de haver ou não uma ritualização que dê visibilidade à metódica aplicativa da proibição do defeito, esta vale como programa final ou diretiva de cumprimento ótimo (na modalidade paritária) ou satisfatório (na modalidade não paritária) dos deveres em causa.

Fim imediato do comportamento do legislador sujeito à proibição do defeito é a causação ou desencadeamento de efeitos materiais de satisfação de bens, interesses ou valores. Fim mediato é a resolução harmonizada da colisão. Estas noções sofrem uma adaptação quando está em causa a modalidade paritária. Nesta, fim mediato é o cumprimento de um meta-dever de superação da colisão entre deveres e entre

³³⁷⁸ V. a explicação destes conceitos nos capítulos 2, 14 e 19.

bens, interesses ou valores através de uma solução que os satisfaça de forma *paritária e ótima*.

A proibição do defeito impõe que o legislador identifique as alternativas adequadas e as compare. Se houver uma alternativa de comportamento - ativo ou omissivo - que inequivocamente permita um cumprimento mais satisfatório do dever de ação (na modalidade não paritária) ou o compromisso ótimo (na modalidade paritária) no cumprimento dos deveres colidentes, o sentido normativo da proibição do defeito aponta para a sua adoção.

A proibição do defeito, pelo menos na modalidade paritária, é um instrumento de harmonização otimizador. A compressão da liberdade de conformação do legislador que parece decorrer daí é mais nominal do que real. Primeiro, porque o legislador conserva uma ampla margem de apreciação e de valoração. Segundo, porque será raro cair na conclusão de que uma determinada medida é a única que garante um compromisso ótimo, noção, aliás, significativamente indeterminada (além de doutrinariamente controversa). Acresce que há que ter em conta o conteúdo da proibição do defeito como norma de controlo.

3.10.3. Proibição do defeito como norma de controlo

O destinatário da proibição do defeito como *norma ou parâmetro de controlo* é o juiz constitucional. Atendendo à ritualização processual da apreciação judicial da constitucionalidade, a aplicação da proibição do defeito como norma de controlo desenrolar-se-á, em regra, através de passos correspondentes aos segmentos estruturais, segundo uma metódica *cumulativa*.

Como norma de controlo, a função primordial da proibição do defeito é a parametrização de juízos sobre a justificação de omissões totais ou parciais, isto é, sobre a justificação de cumprimento deficitário dos deveres do legislador, nas várias configurações referidas. Significa isso que no âmbito da aplicação da proibição do defeito *como norma de controlo* sobressai a dicotomia entre (i) situações de (alegada) omissão parcial e (ii) situações de (alegada) omissão total do cumprimento dos deveres do legislador. Do ponto de vista estrutural e metódico, há

diferenças entre a proibição do defeito como norma de controlo de omissões totais e de omissões parciais.

No caso de apreciação de omissão parcial, o mesmo é dizer, de controlo de uma norma já vigente que incide sobre a colisão de bens, interesses ou valores que pede uma intervenção do legislador, é metodicamente relevante apurar o fim imediato e o fim mediato daquela norma.

As omissões totais, se resistirem ao teste do *standard* mínimo, do conteúdo mínimo ou da garantia mínima e ao teste da proibição do arbítrio, estão sujeitas a um teste sintético de proibição do defeito. Sintético, porque o segmento da adequação é praticamente inócuo, o segmento da necessidade é vazio, sendo atuante e consequente apenas o segmento da proporcionalidade e.s.e.

As omissões parciais (também se pode dizer cumprimentos parciais) são apreciadas através da aplicação dos segmentos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade e.s.e.

A intensidade e amplitude do controlo judicial não variam em função das modalidades da proibição do defeito. E também aqui - tal como na proibição do excesso - se nota um desnivelamento entre o que a norma de ação exige do legislador e o que o parâmetro de controlo permite ao juiz constitucional. Em qualquer das duas modalidades de proibição do defeito, a regra é um controlo de evidência, embora não se exclua, em casos limite, o deslizamento para controlos de defensabilidade.

Vinte e dois

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E PROPORCIONALIDADE RETRIBUTIVA

1. Proporcionalidade e atos sancionatórios

Depois do direito de polícia, foi o domínio da aplicação de penas e de medidas de coação que incorporou a ideia de proporcionalidade. O juiz penal teve de assumir a ideia de proporcionalidade como um parâmetro de decisão, pelo menos quando esta se movesse dentro de uma certa margem de escolha (como acontece na fixação concreta de uma pena ou de uma medida de coação). Esta evolução implicou uma alteração *enriquecedora* da compreensão da ideia de proporcionalidade. Gerada no direito administrativo de polícia com o intuito de limitar as possibilidades e a intensidade das intervenções na esfera de direitos dos cidadãos, a proporcionalidade passou a ser também um limite à reação dos poderes públicos a condutas violadoras de bens jurídico-penais. As intervenções na esfera de liberdade dos cidadãos, através da imposição e da execução de penas, de medidas de segurança ou de algumas medidas de processo penal, como as medidas de coação, viram-se limitadas por considerações que hoje são componentes do princípio da proibição do excesso³³⁷⁹.

³³⁷⁹ Alguma bibliografia, beneficiando-se aqui do abundante tratamento do tema em língua castelhana: **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*; **Serrano**, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*; **Correa**, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, *cit.*; **Pulido**, *El principio...*; **Mir Puig**, «O principio...», *cit.*; **Lopera Mesa**, *Principio...*; **Arnau**, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», *cit.*; **Sanchez**, «La proporcionalidad de la norma penal», *cit.*; **Pascual**, *Derechos fundamentales y riesgos tecnologicos*, *cit.*; *idem*, «Los derechos fundamentales a la protección penal», *cit.*; **Barranco**, *El principio de proporcionalidad penal*, *cit.*; **Frías**, «El principio de proporcionalidad en sentido estricto...», *cit.*; **Cubillos**, «El principio de proporcionalidad en Derecho penal...».

A tendência é até para extravasar essas fronteiras, invadindo todos os núcleos do direito sancionatório: direito disciplinar, contraordenacional ou tutelar sancionatório das autarquias³³⁸⁰. O que se disser nos próximos números sobre a lei penal em alguns casos vale também, *com as adaptações necessárias*, para esses núcleos.

Hoje, está claramente estabelecido que a proporcionalidade moderna tem duas refrações em matéria penal e, mais latamente, no direito sancionatório e coativo: (i) como instrumento de harmonização que guia a ação do legislador e o controlo das normas da lei penal pelo juiz constitucional; e (ii) como critério que guia a imposição concreta de penas ou medidas de coação e de sanções em geral. No primeiro caso, trata-se de uma aplicação, com adaptações, da proibição do excesso ou proporcionalidade clássica (sendo "princípio da proporcionalidade" a designação mais comumente utilizada neste ramo jurídico) ou, eventualmente, da proibição do defeito. No segundo caso, vale uma manifestação específica da proporcionalidade moderna (não significando isso que seja uma manifestação moderna ou recente da proporcionalidade), que se pode designar de proporcionalidade retributiva.

³³⁸⁰ Sobre este último, veja-se, por exemplo, apesar da ambiguidade que referiremos, o acórdão n.º 4/03 do Tribunal Constitucional (**Benjamim Rodrigues**). Tratava-se de saber, entre outros aspetos, se uma norma inserida no Orçamento de Estado para 2003 (introduzida pelo Orçamento retificativo) que autorizava o Governo a determinar a redução de transferências financeiras a efetuar do Orçamento de Estado para autarquias locais incumpridoras de determinadas restrições quanto ao recurso ao crédito para investimento, violava a Constituição, nomeadamente a alegada (pelos requerentes) proibição de formas de tutela sancionatória sobre as autarquias. De acordo com o artigo 7.º, n.º 2, da Lei 16-A/2002, de 31 de Maio (Orçamento retificativo), a redução seria efetuada "na proporção do investimento". O TC entendeu que no artigo 7.º, n.º 1, o legislador se limitara a consagrar um conjunto de "regras de boa conduta financeira" e que é lícita "a existência de formas sancionatórias da tutela da legalidade". No uso dessas formas sancionatórias o Governo estaria sujeito ao princípio da proporcionalidade, enunciado no artigo 266.º, n.º 2, da CRP. Não se entremostra, todavia, claro o sentido em que se invoca neste contexto o princípio da proporcionalidade. Essa referência poderia ser suscitada pelo facto de o art.º 7.º, n.º 2, aludir a redução "*na proporção do investimento*". Mas esse inciso legal é mais indiciador de um apelo ou de uma diretiva de aplicação da proporcionalidade quantitativa (v. *supra* sobre este conceito: se o investimento for x , a redução é y , estando esta redução numa relação proporcional com o investimento) do que da proporcionalidade harmonizadora ou proibição do excesso que aqui nos ocupa. Quanto a esta última, aquela que verdadeiramente se extrai do artigo 266.º, n.º 2 e à sua articulação com a proporcionalidade quantitativa, o TC não desenvolve. Mas é inequívoco que, admitindo-se, como o TC admitiu - embora não aceitando expressamente a designação-, a tutela sancionatória sobre as autarquias, o exercício desse poder sancionatório, particularmente em casos como este em que o Governo pode escolher exercê-lo ou não, está subordinado ao princípio da proporcionalidade retributiva e não ao princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade, como sustenta o aresto.

2. A aplicação da proibição do excesso e da proibição do defeito à lei penal e afins

O tratamento desta matéria é facilitado pela circunstância de parte significativa dos acórdãos do Tribunal Constitucional que versam questões relativas ao cumprimento da proporcionalidade clássica pelo legislador incidir sobre normas penais³³⁸¹.

2.1. As especificidades

2.1.1. A pluralidade de fins da lei penal

No domínio da produção e controlo das leis penais e processuais penais, o princípio da proibição do excesso cumpre função idêntica à que desempenha a propósito de toda a atividade legislativa e respetivo controlo³³⁸². Todavia, adquire aí contornos relativamente diferenciados, resultantes, desde logo, da pluralidade de fins que podem ser prosseguidos por uma mesma norma penal. A intervenção legislativa pode ser simultaneamente movida pelo fim da censura ou *retribuição*, da *prevenção geral positiva* ou integração (tutela das expectativas da comunidade na manutenção e reforço da norma violada, potenciando a confiança no ordenamento jurídico-penal e na proteção dos bens por este tutelados), de *prevenção geral negativa* (intimidação da generalidade dos indivíduos com vista a dissuadi-los de violar a norma) ou de *prevenção especial ou individual*, a que está ligada a *reinserção*, como forma de evitar que o agente cometa de futuro outros crimes, ou seja, que reincida. Não se ignora o infundável debate sobre os fins das penas. Não o podemos reatar aqui, mesmo na sua expressão mais rudimentar, pelo que nos limitaremos a esta indicação genérica, sem cuidar das *nuances* que poderiam ou deveriam ser introduzidas³³⁸³.

³³⁸¹ Cfr. *supra*, capítulo 5.

³³⁸² Porém, **Barnéas**, «El principio de proporcionalidad...», pp. 29 ss., defende que o papel da proporcionalidade neste domínio é residual.

³³⁸³ Numa perspetiva constitucional v., em geral, **Palma**, *Direito Constitucional...*, pp. 122 ss. e bibliografia citada.

2.1.2. Os limites à liberdade de conformação do legislador

Como vimos, na definição do fim das normas legislativas o legislador dispõe em regra de uma ampla margem de conformação. Ora, no domínio penal o legislador está sujeito a constrangimentos que não conhece noutros domínios materiais. A intervenção penal representa inevitavelmente uma interferência gravosa em bens, interesses ou valores subjetivados. Por isso, ela tem de ser justificada por fins ponderosos, designadamente de tutela ou de proteção de bens, interesses ou valores especialmente qualificados do ponto de vista constitucional³³⁸⁴.

Isso leva a que, *antes da aplicação da proporcionalidade clássica* ou, se for caso disso, da *proibição do defeito*, isto é, em sede de conformação do *fim* e da concomitante escolha do *tipo* de meios a empregar, a liberdade do legislador sofra uma dupla limitação.

2.1.2.1. Dever positivo de emissão de normas penais

Por um lado, há casos em que a Constituição estabelece a obrigatoriedade de incriminações: é o que resulta, por exemplo, do artigo 117.º, n.º 3, referente aos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos (ou, relativamente aos Deputados, do artigo 160.º, n.º 1, b)). Por outro lado, pode ocorrer que o legislador esteja onerado por um *dever* (positivo) de proteção de bens, interesses ou valores através do estabelecimento de mecanismos sancionatórios, designadamente penais. Esta questão é discutida na doutrina e na jurisprudência³³⁸⁵ e não deve ser liminarmente afastada³³⁸⁶.

³³⁸⁴ Sobre o tema, v., por todos, **Palma, *Direito Constitucional...***, esp. pp. 71 ss.

³³⁸⁵ Assinale-se o afloramento logo no acórdão n.º 25/84 do Tribunal Constitucional.

³³⁸⁶ Sobre a obrigatoriedade de escolha de meios específicos, como os de natureza penal, entre muitos, v. **Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição...***, pp. 291 ss.; **Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...***, pp. 46 ss. (com especial incidência da proteção penal do nascituro); **Palma, *Direito Constitucional...***, pp. 50 ss. (admitindo que em vez de um catálogo de incriminações obrigatórias vigora uma lógica de "possível obrigatoriedade" condicionada em concreto pela

2.1.2.2. Necessidade de intervenção penal

Se a intervenção penal não for imperativa devido a uma específica prescrição constitucional ou a um *dever* constitucional de proteção de certos bens, interesses ou valores, o legislador tem o ónus, mais intenso do que na maioria dos outros domínios materiais, de justificar (invocando, porventura, também ou principalmente, argumentos meta-jurídicos) a *necessidade* de prossecução do fim e da utilização de meios penais.

A *prossecução* de um *fim* é uma exigência geral de racionalidade legislativa e um pressuposto geral da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade clássica. Mas essa exigência assume especial acuidade no direito penal. Por isso se compreende que ela seja expressa através de um princípio de *necessidade da intervenção penal*³³⁸⁷, que não tem correspondência noutros domínios.

Esta observação articula-se com o uso frequente que o Tribunal Constitucional faz de vários conceitos afins, circunvizinhos, complementares ou sobrepostos, cuja clarificação foi ensaiada em alguns acórdãos. A mais recorrente referência é ao par formado pela *necessidade e proporcionalidade* (ou inversamente)³³⁸⁸, entendidos

argumentação sobre a necessidade da pena); **Pascual**, «Los derechos fundamentales a la protección penal», pp. 333 ss.

³³⁸⁷ Incindível da ideia de subsidiariedade da lei penal: v. trecho de **Figueiredo Dias**, «O sistema sancionatório do Direito Penal Português no contexto dos modelos da política criminal», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, pp. 806-807, longamente citado pelo acórdão n.º 634/93: «num Estado de Direito material, de raiz social e democrática, o direito penal só pode e deve intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem». Prosseguindo com a citação de outra obra de **Figueiredo Dias**, *O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social*, *Jornadas de Direito Criminal - O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Centro de Estudos Judiciários, p. 323, daí decorreria que não devem constituir crimes - ou, sequer, caber no objeto do direito penal - as condutas que, «violando embora um bem jurídico, possam ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social; com o que a necessidade social se torna em critério decisivo de intervenção do direito penal: este, além de se limitar à tutela de bens jurídicos, só deve intervir como *ultima ratio* da política social»; cfr., também, o acórdão n.º 527/95, que declarou inconstitucional com força obrigatória geral a norma objeto desse acórdão, aditando na fundamentação argumentos e citações doutrinárias que reforçam a orientação do texto.

³³⁸⁸ Podem ver-se os acórdãos n.ºs 230/85, 282/86, 7/87, 35/87, 11/88, 474/89, 458/93, 99/02, 494/03, 3/06, 2/13, 341/13, entre outros.

como princípios distintos, embora ambos alegadamente com fonte no artigo 18.º, n.º 2³³⁸⁹.

Uma leitura dessa jurisprudência do Tribunal e do modo como usa esses conceitos em alguns arestos (não em todos, porém), substancia a distinção entre princípio da necessidade - ou, mais completamente, *princípio da necessidade da intervenção penal*- e princípio da proporcionalidade.

O primeiro conceito respeita ao momento lógico em que o legislador procede à *definição do fim* da medida legislativa e da *classe* de meios a serem empregues. Nesta fase, compete-lhe decidir se é de prosseguir ou não fins de *prevenção geral*, de *retribuição* ou *expição* de certos comportamentos ou de *reinserção* através de uma classe específica de meios, os meios penais. Mais do que em outros domínios, a Constituição preocupa-se aí com a aferição da *necessidade* da prossecução dos fins e do uso de meios de tipo penal. O *princípio da necessidade* pontifica neste momento lógico, prévio à aplicação do princípio da proporcionalidade clássica, mas, como disse o Tribunal Constitucional, umbilicalmente ligado a ele³³⁹⁰.

2.1.3. A estrutura do princípio da proporcionalidade tal como aplicável à lei penal

Verificada ou admitida a necessidade de exprimir ou materializar censura especialmente qualificada sobre comportamentos através da norma penal, a “medida”³³⁹¹ ou grau da intervenção penal fica sob a alçada do princípio da proibição do defeito em sentido amplo, quando se conclua pela existência de um dever constitucional de incriminação ou de proteção³³⁹², ou do princípio da proporcionalidade clássica, nos demais casos.

A destriça entre os passos lógicos da (i) avaliação da necessidade da intervenção penal e (ii) da proporcionalidade, traça-se da seguinte forma: no primeiro passo, o

³³⁸⁹ Por exemplo, acórdão n.º 99/02, n.º 5.

³³⁹⁰ É neste momento lógico que o legislador decide criar um tipo de crime e não uma mera contraordenação, por exemplo: v. o caso do acórdão n.º 99/02 do Tribunal Constitucional, relatado por Luís Nunes de Almeida, onde estava em causa a punição criminal da exploração de jogo ilegal.

³³⁹¹ **Sousa Brito**, «A lei penal...», p. 218.

³³⁹² Cfr. *supra*, capítulo 21.

legislador avalia (e o juiz constitucional controla) se há ponderosas razões de política criminal para que certos fins (de retribuição, prevenção ou reinserção) sejam prosseguidos através da proibição de condutas e da ameaça de sanções que representam uma intervenção gravosa na liberdade geral³³⁹³; no segundo passo, o legislador verifica (e o juiz controla) se a reação penal sobre quem pratique o comportamento censurável, abstratamente prevista, na medida em que implica um potencial sacrifício de bens, interesses ou valores do agente, é adequada, necessária e proporcional tendo em conta aqueles fins (de retribuição, prevenção geral, reinserção)³³⁹⁴.

Significa isto que a aplicação da proibição do excesso ou proporcionalidade clássica implica que a *tipificação das penas* e a respetiva *medida* na lei se conformem com os segmentos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade e.s.e., tal qual sucede com qualquer norma legislativa sujeita àquele princípio. No entanto, a circunstância de a lei penal prosseguir habitualmente mais do que um fim complexifica a aplicação dos segmentos, já que cada um deles tem de contar com essa pluralidade de fins e com as relações (designadamente de prioridade, se apuráveis) entre eles. Não podemos estudar isso a fundo, pelo que as formulações que se seguem limitam-se a dar uma imagem simplificada da metódica de cada um deles.

O segmento da adequação obriga, por exemplo, a averiguar se a previsão de pena de prisão para jovens delinquentes primários autores de certos crimes contribui para a promoção de fins de prevenção geral e de reintegração.

O segmento da necessidade obriga, por exemplo, que se verifique se a intensidade de satisfação dos fins visados pode ser igualmente atingida por medidas alternativas à pena de prisão efetiva.

³³⁹³ Conforme um trecho muito citado de **Sousa Brito**, «A lei penal...», p. 218, esse é o momento da decisão da “existência” da intervenção penal, estando por vir o momento da decisão sobre a “medida”.

³³⁹⁴ E é já isso que está em causa no seguinte trecho do acórdão n.º 634/93, não obstante a ausência de identificação: «Pode, assim, reconhecer-se que haverá que pesar os diversos bens e valores em causa para efetuar uma «ponderação de interesses segundo as circunstâncias do caso concreto», para averiguar «se o sacrifício dos interesses individuais que a ingerência comporta mantém uma relação razoável ou proporcionada com a importância do interesse estatal que se trata de salvaguardar», já que «se o sacrifício resulta excessivo a medida deverá ser considerada inadmissível, ainda que satisfaça os restantes pressupostos e requisitos decorrentes do princípio de proporcionalidade» (**Serrano, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal***, p. 225).

O segmento da proporcionalidade e.s.e. determina que se contrapesem os efeitos negativos e os efeitos positivos prognosticáveis (em termos de prevenção geral, retribuição e reintegração). Por exemplo: os efeitos decorrentes da previsão abstrata de pena privativa da liberdade para punir situações de atentado ao património de reduzido significado, como o furto de um pacote de bolachas no supermercado, justificam os efeitos negativos daí advenientes, designadamente de contração da liberdade geral e de eventual formatação de uma comunidade intolerante, implacável e não inclusiva³³⁹⁵?

2.1.4. A amplitude dos poderes do juiz constitucional

O tema do alcance do escrutínio que o juiz constitucional, ou outro órgão de controlo, realiza sobre a observância da proibição do excesso pelo legislador penal já foi tratado num capítulo anterior³³⁹⁶. Em todo o caso, é útil reforçar alguns apontamentos ali deixados.

Não é difícil encontrar posições doutrinárias que reivindicam, neste domínio, uma especial deferência do juiz constitucional para com o legislador³³⁹⁷.

Em boa verdade, também não é difícil encontrar manifestações jurisprudenciais que correm nesse sentido. Tanto no que toca à verificação da necessidade do fim e do meio, como no que toca à “medida” da intervenção legislativa penal, o juiz constitucional português tem recorrido a fórmulas que denotam deferência

³³⁹⁵ Para uma outra formulação, **Mir Puig**, «O princípio...», p. 15: o princípio da proporcionalidade e.s.e. destinar-se-ia a “*comprovar que o custo da intervenção penal, representado pela limitação dos direitos implicados, não seja superior ao benefício (proteção) que com ela se pode alcançar*”. Mais adiante, p. 23, “*trata-se de evitar que o custo que representa a limitação de um direito seja superior ao benefício que se supõe para outro direito*”. É uma manifestação da conceção da proporcionalidade como instrumento aferidor de “custos-benefícios”. A dificuldade de matematização plena do processo de *balancing* leva-nos a preferir uma fórmula menos “econométrica” como a do texto.

³³⁹⁶ Capítulo 19.

³³⁹⁷ **Mir Puig**, «O princípio...», p. 30, referindo-se ao Tribunal Constitucional espanhol, nota que este parte da premissa de que o legislador democrático é em princípio competente para saber se as penas ou medidas de segurança são proporcionais à sua finalidade de proteção, considerando excecional a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma lei penal. Por outro lado, **Lopera Mesa**, «Principio de proporcionalidad ...», pp. 116 ss., particularmente p. 123, refere que à data em que escreve (2011) o Tribunal Constitucional chileno, quando aprecia a constitucionalidade de normas penais, renuncia expressamente a efetuar alguns dos juízos, como o da necessidade, e aplica os demais subprincípios (idoneidade e proporcionalidade e.s.e.) com um nível mínimo de intensidade.

(reconhecimento “de uma larga margem de liberdade de conformação ou, se se quiser, de uma ampla margem conformativa”³³⁹⁸) e estrita adstrição a juízos de evidência (o juízo de censura constitucional só pode ocorrer quando a gravidade do sancionamento se mostre inequívoca, patente ou manifestamente excessiva³³⁹⁹).

Todavia, apesar das manifestações de deferência para com a “sabedoria” do legislador e da reiteração, acórdão após acórdão, de que aquele dispõe de uma ampla margem de conformação³⁴⁰⁰, este é um campo onde o reconhecimento de uma vantagem institucional do legislador tem de ser *merecido*, sendo recomendáveis algumas cautelas. Contrastando com o que sucede quando a liberdade de conformação do legislador atinge uma intensidade máxima, no domínio da conformação dos fins e dos meios inerentes à política legislativa criminal a margem de conformação do legislador pode ter de ceder perante o escrutínio do juiz constitucional³⁴⁰¹.

Compreende-se, pois, que o Tribunal Constitucional afirme que, pelo menos quando a opção de criminalizar determinada conduta se apresente como *manifestamente* excessiva, essa margem de conformação cede perante o seu poder de escrutínio³⁴⁰². A expressão “manifestamente excessiva” é, talvez, suscetível de gerar dúvidas ou de se confundir com noções empregues no contexto da aplicação

³³⁹⁸ Acórdão n.º 99/02.

³³⁹⁹ *Idem.*: “essa não é, patentemente, a situação que se configura no caso *sub judicio*, tendo designadamente em consideração a já referida legitimidade constitucional da previsão da aplicação de penas privativas da liberdade em crimes deste tipo e a pouca gravidade da pena em causa, bem como a sua substituição por multa”.

³⁴⁰⁰ Acórdão n.º 99/02, n.º 6: “[...] não se deve simultaneamente perder de vista que o juízo de constitucionalidade se não pode confundir com um juízo sobre o mérito da lei, pelo que não cabe ao Tribunal Constitucional substituir-se ao legislador na determinação das opções políticas sobre a necessidade ou a conveniência na criminalização de certos comportamentos.” São invocadas palavras de **Miranda, Manual...**, VI, 2001, pp. 43-44, que realçam que aqui é questão dos fins que está em causa: “ao juiz constitucional não compete «apreciar a oportunidade política desta ou daquela lei ou a sua maior ou menor bondade para o interesse público», mas tão-só averiguar «a correspondência (ou não desconformidade) de fins, a harmonização (ou não desarmonização) de valores, a inserção (ou não desinserção) nos critérios constitucionais”

³⁴⁰¹ **Palma, Direito Constitucional...**, p. 119, sublinha a evolução da jurisprudência constitucional de uma perspetiva de total liberdade de opção do legislador na escolha das condutas incriminadas para uma perspetiva moderadamente constitucionalizadora do conteúdo dos crimes.

³⁴⁰² Acórdão n.º 634/93: “Consequentemente, a limitação da liberdade de conformação legislativa, no que se refere à opção de criminalizar determinada conduta, só pode ocorrer quando a punição criminal se apresente como *manifestamente* excessiva”; v., também, acórdãos n.ºs 99/02 e 494/03, entre muitos.

dos vários segmentos da proporcionalidade. A propósito dos aspetos atinentes ao momento lógico da aferição da necessidade da intervenção penal seria menos equívoco falar-se de *manifesta contradição*, ou de ausência de *congruência*, com o quadro valorativo emanante da Constituição³⁴⁰³, traduzida na *ilegitimidade daquela intervenção penal*, ou seja, da prossecução de certos fins através de meios penais³⁴⁰⁴.

Por isso, se o legislador entender definir como fim da intervenção penal a salvaguarda de um jardim público, criminalizando o ato de pisar a relva, a liberdade de conformação daquele pode ser coartada pelo juiz constitucional.

3. A aplicação da proporcionalidade retributiva à definição concreta da sanção penal ou outra

O que se disse nos números imediatamente anteriores, embora sublinhe algumas especificidades da aplicação da proibição do excesso ou proporcionalidade clássica, não sai desse domínio. Todavia, há outra forma de interseção entre a ideia de proporcionalidade e o direito sancionatório não confundível com a proporcionalidade clássica: trata-se da figura que designamos por proporcionalidade retributiva.

A proporcionalidade retributiva respeita *exclusivamente* ao momento da definição e aplicação concreta da medida sancionatória ou coativa. Por não incidir especificamente sobre a atividade legislativa, nem sobre o respetivo controlo, não lhe dedicaremos mais do que alguns parágrafos meramente mapeadores da sua relação com as outras ramificações da proporcionalidade moderna que identificámos na introdução. Mais uma vez, o que se disser a propósito da definição

³⁴⁰³ Será esse o significado do *princípio da congruência*, referido no acórdão n.º 527/95: «há que averiguar da relação entre «a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal», para poder responder à questão de saber se existe uma correspondência legitimadora de tal qualificação (princípio da congruência, que decorre do artigo 18.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 2.º, ambos da CRP)».

³⁴⁰⁴ Esta ideia está bem traduzida por exemplo neste outro trecho do acórdão n.º 99/02: “*também em matéria de criminalização o legislador não beneficia de uma margem de liberdade irrestrita e absoluta, devendo manter-se dentro das balizas que lhe são traçadas pela Constituição*”. Para uma discussão aprofundada do tema da fundamentação de um conceito material de crime com sustentação constitucional, **Palma, Direito Constitucional...**, pp. 114 ss.

concreta da pena vale frequentemente, *mutatis mutandis*, para os demais domínios do direito coativo ou sancionatório em sentido lato.

3.1. A proporcionalidade *estritamente* retributiva

Diz-se com alguma frequência que no âmbito do direito penal a proporcionalidade impõe uma relação proporcionada entre a gravidade da sanção, por um lado, e a gravidade do mal causado pelo crime e a culpa do agente, por outro. Ou, invertendo os termos, proporção entre a gravidade do dano provocado pelo agente nos bens jurídicos que a norma jurídico-penal visa proteger e a culpa, e a intensidade da pena aplicada³⁴⁰⁵.

Embora isso não seja quase nunca explicitado, estas sínteses reportam-se evidentemente à refração da *proporcionalidade e.s.e.* no domínio da imposição concreta de penas. Reformulando, portanto: a proporcionalidade e.s.e. procura garantir que a reação a um acontecimento *passado*, o crime, através da aplicação de uma pena concretamente definida, seja proporcional à gravidade desse crime e à culpa do agente³⁴⁰⁶. O tipo e a medida da pena têm em perspetiva circunstâncias do *passado*, devendo ser proporcionais em relação a elas. Por isso se usa, a propósito, a expressão *Verhältnismässigkeit mit zurückgewendetem Blick*³⁴⁰⁷ (proporcionalidade com perspetiva retrospectiva ou com vista para o passado).

³⁴⁰⁵ Assim, **Lopera Mesa**, «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia», p. 131; **Mir Puig**, «O principio...», pp. 17 ss.; **Frias**, «El principio...», p. 8.

³⁴⁰⁶ Uma das diferenças entre as conceções mais modernas do direito penal e as que as antecederam reside na circunstância de o princípio ser entendido também como exigência de proporcionalidade entre a culpa do agente e a sanção e não apenas entre o facto cometido e a sanção: v., por exemplo, **Germano Marques da Silva**, *Direito Penal Português*, vol. II, p. 76, vol. III, p. 24; mais geral, **Palma**, *Direito Constitucional...*, p. 44 (toda a pena privativa ou restritiva da liberdade deve ser uma pena de culpa, apesar de a Constituição não consagrar um princípio de culpa). Coloca-se, porém, a questão de saber se o fator grau de culpa é relativizável. Se a culpa do agente for um dos fatores suscetíveis de ponderação no contexto da proporcionalidade e.s.e., pode suceder que mesmo em situações de ausência de culpa a pena seja proporcional, caso os fins de retribuição e de prevenção sejam de tal modo “pesados” no caso que justifiquem a cedência concreta do princípio da culpa. Em sentido negativo, negando que o princípio da culpa seja relativizável, **Mir Puig**, «O principio...», pp. 22-23, 32 ss. (o princípio da culpa deve funcionar de forma absoluta).

³⁴⁰⁷ **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 46 (atribuindo a autoria da expressão a **Jakobs**).

É fácil concluir que esta visão de proporcionalidade entre pena imposta e crime cometido se aparta quer da formulação (que nos parece mais exata) de acordo com a qual a proporcionalidade e.s.e. coloca em relação os efeitos positivos (*bem*) e os efeitos negativos (*mal*) a ocorrer no futuro (leia-se, depois do início da vigência da norma), quer da conceção, mais em voga, nos termos da qual relaciona um meio e um fim a atingir no *futuro*. Para aquela visão, *essencialmente retributiva*, a operação de contrapeso própria da proporcionalidade e.s.e. no domínio da decisão de imposição da pena concreta coloca em confronto dois *males*, dois atos *agressores* de bens, interesses ou valores, um praticado no passado, já consumado, outro praticado depois, em reação a ele.

Esta análise tem consequências ao nível da própria pertinência e aplicação de outros segmentos da proporcionalidade retributiva: se a obtenção de efeitos futuros é substituída por um mero fim de retribuição em relação a comportamentos passados, a avaliação da adequação e da necessidade da pena ao nível da situação concreta perde relevância ou mesmo praticabilidade.

Estas considerações afastam a proporcionalidade retributiva da proporcionalidade clássica. Embora persista uma intenção garantística dos bens, interesses ou valores do agente objeto do ato sancionatório, que não devem ser sacrificados com excesso, falta a identificação de bens, interesse ou valores, designadamente direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente garantidos, colidentes com os bens, interesses ou valores da pessoa a quem é imposta a pena, cuja tutela futura justifique a prática do ato punitivo.

3.2. A proporcionalidade *mitigadamente* retributiva

A visão da proporcionalidade assente numa vocação exclusiva ou essencialmente retributiva da pena é hoje amplamente rejeitada³⁴⁰⁸. Ganham predomínio as teorias da pena preventiva através da justa retribuição ou da retribuição com

³⁴⁰⁸ Cfr. **Palma**, *Direito Constitucional...*, pp. 122 ss., discutindo se ela é sustentável à luz da Constituição. Contestando que a compreensão tradicional da proporcionalidade como relação entre delito e pena seja tributária de uma visão retributiva do direito penal, **Frias**, «El principio...», p. 14; **Ristroph**, «Proportionality as a Principle of Limited Government...», *cit.*, p. 271, defende que a proporcionalidade não é defendida mais extensamente pelas teorias retributivas do que por outras.

componentes preventivas³⁴⁰⁹ ou mesmo da pena desonerada da ideia de retribuição (embora, eventualmente, não do pensamento e do princípio da culpa)³⁴¹⁰. Nessa linha, aponta-se para o abandono ou matização da perspectiva retrospectiva ou *mit zurückwendetem Blick*, contrapondo-se uma visão prospetiva. Exemplo desta estratégia é a que propõe que a avaliação da proporcionalidade se baseie na capacidade de a pena *prevenir* a prática futura de crimes semelhantes³⁴¹¹.

Alguns dos adeptos dessa estratégia parecem adotar uma orientação teórica que concebe o princípio da proporcionalidade como instrumento de balanceamento global de custos e benefícios, isto é, como comparação entre os benefícios (incluindo os futuros) que a intervenção jurídico-penal gera e os custos que derivam dessa intervenção³⁴¹². Trata-se de um quadro conceptual que criticámos anteriormente e que não parece aqui mais ajustado do que na proibição do excesso ou proporcionalidade clássica³⁴¹³.

Mas é exato que a adoção de um ponto de vista que veja na proporcionalidade e.s.e. um instrumento ao serviço de uma mera conceção retributivista empobrece significativamente as suas possibilidades garantísticas, ponderativas e racionalizadoras. É certo que a proporcionalidade e.s.e. exige, antes de mais, uma relação de justa medida entre a sanção penal e a gravidade do mal causado pelo crime e a censurabilidade do autor, mas isso deve ser feito “na base da adequação da pena ao fim que esta deve cumprir”³⁴¹⁴. As penas têm finalidades de retribuição, mas também de prevenção geral e de reintegração (conjunta ou alternadamente), finalidades que se projetam no futuro. Por isso, no contexto da metódica da

³⁴⁰⁹ Cfr., porém, **Dias, Direito Penal...**, I, 2.^a ed., pp. 61, 78 ss., recusando qualquer dessas duas perspectivas (“a retribuição (...) não é nem pode constituir uma finalidade da pena”).

³⁴¹⁰ **Dias, Direito Penal...**, I, 2.^a ed., p. 61.

³⁴¹¹ É esta, por exemplo, a proposta de **Mir Puig**, «O princípio...», p. 22: “a proporcionalidade estrita entre o crime e a pena não deve basear-se numa comparação da gravidade do crime cometido como algo passado a compensar mediante uma pena «equivalente», mas existir porque essa gravidade é também a gravidade de todos os crimes semelhantes que se pretende prevenir de futuro com a pena a aplicar”.

³⁴¹² **Lopera Mesa, Principio...**, p. 241, entre outros locais: do lado dos custos poderia inscrever-se o próprio efeito dissuasório do exercício legítimo de direitos fundamentais, ou os custos económicos – para o Estado e os contribuintes – da execução de certas penas.

³⁴¹³ V., por todos, **Frias**, «El principio...», pp. 8-10, notando a dificuldade em qualificar adequadamente o que se inscreve do lado dos custos e do lado dos benefícios, para efeitos do contrapeso.

³⁴¹⁴ **Germano Marques da Silva, Direito Penal...**, cit., vol. II, p. 76; vol. III, p. 24.

proporcionalidade e.s.e., é possível e racionalmente recomendável identificar finalidades (futuras) de prevenção geral positiva, bem como de prevenção geral negativa ou de prevenção especial ou individual, a que está ligada a reinserção, visando a desvitalização das condições da lesão *futura* dos bens, interesses ou valores cuja proteção jurídico-penal o legislador pretende.

Estas finalidades não assumem possivelmente uma posição dominante³⁴¹⁵ e o princípio da proporcionalidade, particularmente o seu segmento da proporcionalidade e.s.e., não deixa de ser essencialmente *proporcionalidade retributiva*. No entanto a operação de ponderação adquire contornos mais complexos do que aqueles que eram admitidos por uma mera valoração da gravidade do crime e culpa do agente, por um lado, e do tipo e medida da pena por ele suportada, por outro. Nesta modalidade de *proporcionalidade retributiva mitigada*, entram no jogo da ponderação algumas ou todas aquelas finalidades ou, mais rigorosamente, todos os efeitos materiais positivos futuros que se quer alcançar com a pena. A proporcionalidade e.s.e. mediará certamente a ponderação da intensidade intrusiva da pena na liberdade do condenado e da gravidade do crime; mas também mediará a ponderação dos efeitos sacrificiais sobre bens, interesses ou valores titulados pelo condenado e os efeitos positivos de prevenção de novas lesões dos bens, interesses ou valores cuja lesão se visa prevenir para o futuro e até os efeitos positivos de reinserção social.

Nesta modalidade mitigada, na medida em que se consideram também esses efeitos positivos futuros, a adequação e a necessidade readquirem a relevância que lhes escapa na visão estritamente retributiva. Admitindo que a dogmática jurídico penal não desmente irremediavelmente esta construção, a especificidade da proporcionalidade retributiva mitigada em relação à proporcionalidade clássica consistiria, então, na referência bidirecional, a factos do passado e a efeitos futuros. Um exemplo desta modalidade de proporcionalidade retributiva mitigada aflora no artigo 193.º, nº 1, do Código de Processo Penal, sobre medidas de coação: “as medidas de coacção e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser necessárias e adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e

³⁴¹⁵ Ao contrário do que parece ser orientação de **Mir Puig**, «O principio...», p. 22.

proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas".

Com este dispositivo o que se pretende, em última análise, é considerar a gravidade do crime e das sanções previsíveis e o sacrifício de bens e interesses do arguido. Mas são também relevantes as finalidades ou interesses públicos cautelares prosseguidos através do processo penal.

Vinte e três

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E PROPORCIONALIDADE EQUITATIVA

1. O âmbito de aplicação da proporcionalidade equitativa

Com uma ou outra nuance que assinalámos no momento próprio, a *proibição do excesso* incide sobre a produção (e controlo) de normas legislativas que prossigam o fim legítimo de harmonização de interesses públicos e de posições subjetivas jusfundamentais colidentes, quando se verifique colisão normativa parcial-parcial entre a permissão de satisfação dos primeiros e a proibição de interferência nos segundos³⁴¹⁶.

Por outro lado, a *proibição do defeito* aplica-se às normas legislativas que prossigam o fim legítimo de superar colisões normativas entre (i) deveres de ação e deveres de abstenção *prima facie* do legislador ou (ii) dois ou mais deveres de ação *prima facie* do legislador ou (iii) um dever de ação e a permissão de promoção de um bem, interesse ou valor que não é objeto de nenhum dever constitucional³⁴¹⁷. Em alguns casos, pode apenas falar-se de dever num sentido débil.

Diferentemente, a *proporcionalidade equitativa*, de que agora cuidamos, é aplicável em situações de sobreposição cruzada e multipolar de deveres de ação e deveres de abstenção do legislador que não geram pretensões subjetivas de preferência *prima facie*, sustentadas na constituição ou na lei, cabendo àquele criar condições de harmonização do seu exercício pelos respetivos titulares.

³⁴¹⁶ V. *supra*, capítulo 13.

³⁴¹⁷ V. *supra* capítulo 21.

Há pelo menos quatro tipos de colisões entre posições do legislador abrangidas por essa caracterização genérica: (i) colisões de deveres cruzados de ação e de abstenção decorrentes de diferentes direitos fundamentais; (ii) colisões de deveres cruzados de ação e de abstenção decorrentes do mesmo direito fundamental; (iii) colisões de deveres cruzados de ação e de abstenção e, eventualmente, de permissões, inerentes a relações poligonais; (iv) colisões de deveres de proteção de posições jurídicas subjetivas encabeçadas numa mesma pessoa.

1.1. Colisões de deveres cruzados de ação e de abstenção decorrentes de diferentes direitos

Trata-se de uma das situações mais frequentes. Vejamos algumas ilustrações.

Tome-se a imbricação entre o direito à prova e os direitos à dignidade pessoal ou à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Do direito à jurisdição do artigo 20.º, n.º 1, decorre o direito à prova³⁴¹⁸. Daí flui que o legislador, por um lado, deve abster-se de criar obstáculos, através da lei civil e/ou processual, a que o direito à prova seja exercido. Por outro lado, tem o dever de criar, através das normas materiais da prova e do processo, condições processuais propícias a que esse direito seja exercido pelas partes. Todavia, esse direito à prova, e o uso de certos meios de prova que ele abrange, colide ocasionalmente com direitos fundamentais, designadamente alguns dos consagrados no artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, como a dignidade pessoal ou a imagem, a reserva da intimidade da vida privada e familiar³⁴¹⁹. Por isso, o legislador, além do dever de se abster de interferir em todos estes direitos, tem o dever de criar condições para o exercício do direito à prova, mas também o dever de impedir o uso de meios de prova eventualmente intrusivos. Outro exemplo, na mesma linha, é o da harmonização entre o exercício das posições jurídicas subjetivas inerentes ao direito de manifestação e ao direito de livre deslocação ou circulação dos particulares não manifestantes. Na regulação dessa relação de potencial colisão, o legislador deve ter em consideração que o direito à

³⁴¹⁸ Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objeto...*, p. 228.

³⁴¹⁹ *Idem*, p. 232.

manifestação tem uma vertente de imposição da abstenção do Estado e de terceiros, que não devem interferir no exercício desse direito; e tem uma vertente de dever de proteção do Estado, que é obrigado a praticar os atos necessários para que o direito de manifestação possa ser exercido sem perturbações, riscos ou impedimentos resultantes do exercício de outros direitos, *maxime* de terceiros. Em contrapartida, quem não se manifesta tem o direito de deslocação. Este tem uma vertente de direito à abstenção do Estado e de terceiros, designadamente dos participantes em manifestações, de atos que perturbem o exercício desse direito de deslocação; e uma componente de dever de proteção do Estado, obrigando a que este crie condições de livre deslocação, mesmo em casos em que isso implique uma interferência no direito de manifestação. Pode falar-se de reciprocidade ou bilateralidade porque as posições jurídicas subjetivas colidentes umas vezes geram pretensões dirigidas a uma abstenção, outras vezes pretensões de proteção do Estado legislador.

Ainda um outro exemplo, este mais controverso uma vez que foi julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça como um caso de proporcionalidade clássica. O aresto³⁴²⁰ reportava-se a normas que visavam assegurar o direito das pessoas a conhecerem com segurança os laços de paternidade, nomeadamente através da submissão forçada das pessoas investigadas a exames de sangue e outros. No caso concreto, o STJ entendeu que não havia contradição com o princípio da proporcionalidade, sendo legítimo ordenar a comparência forçada de mãe de menor, acompanhada deste, no Instituto de Medicina Legal para a submissão a exames de sangue, em nome da descoberta da verdade da filiação. De acordo com o sumário do acórdão, a restrição à liberdade decorrente da “comparência forçada bem como a constrição da integridade física que a extracção forçada do sangue constitui, se tal exame ao sangue é necessário à descoberta da verdade da filiação, e se respeita, na sua realização, a dignidade da pessoa humana, representa o recurso a um meio de prova, proporcionado, não excessivo, sendo, assim, uma restrição permitida pelos n.ºs. 2 e 3 do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa”. Porém, afigura-se que, uma vez que estavam em causa direitos colidentes de particulares, a nenhum deles devendo ou podendo o legislador atribuir qualquer

³⁴²⁰ Acórdão de 11.3.1997 do STJ (relator Fernando Fabião), publicado no BMJ n.º 465, ano 1997, p. 589.

tipo de prevalência, estaria em causa o que designamos por proporcionalidade equitativa.

1.2. Colisões de deveres cruzados de ação e de abstenção decorrentes do mesmo direito fundamental

O segundo grupo de casos pode ilustrar-se, mais uma vez, com o direito de manifestação. O legislador tem o dever de assegurar que esse direito possa ser exercido por todos, em qualquer momento e em qualquer lugar. Isso pode traduzir-se em colisões entre pretensões concretas de vários grupos, se quiserem exercer o direito de desfilar no mesmo dia, à mesma hora, no mesmo local, com objetivos incompatíveis ou, mesmo que não no mesmo local, em locais cuja proximidade pode perturbar a tranquilidade pública. A lei tem de prever mecanismos legais de superação dessas potenciais colisões no exercício de um (mesmo) direito em termos que garantam um grau de satisfação e de interferência equilibrado.

1.3. Colisões de deveres cruzados de ação e de abstenção e, eventualmente, de permissões, inerentes a relações poligonais

A ilustração mais conhecida, mais importante e mais frequente, do terceiro grupo de casos é fornecida pelas chamadas relações poligonais que a lei disciplina através da legislação do ordenamento do território e do urbanismo, nos casos específicos em que procura harmonizar equilibradamente posições jurídicas subjetivas de vários grupos ou universos subjetivos, às vezes em coordenação com o interesse público³⁴²¹.

³⁴²¹ Sobre a ponderação da pluralidade de interesses, com vista ao respetivo compromisso (numa perspetiva essencialmente administrativa), v., por todos, **Alves Correia, *O Plano Urbanístico...***, pp. 275 ss.

1.4. Colisões de deveres de proteção de posições jurídicas subjetivas encabeçadas numa mesma pessoa.

Esta situação pode ser exemplificada com recurso à jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre as condições estabelecidas pela lei para a remição de pensões anuais vitalícias atribuídas em caso de acidentes de trabalho incapacitantes³⁴²². Nessa circunstância, está em causa a colisão entre o exercício da autonomia da vontade de trabalhador sinistrado e a necessidade de acautelar a subsistência condigna desse mesmo trabalhador ao longo de toda a sua vida. O Tribunal entendeu que é aplicável o princípio da proporcionalidade, pelo que apreciou se são proporcionais as normas que limitam a autonomia da vontade de trabalhador sinistrado (impedindo-o, por exemplo, de requerer e obter a remição), com vista a garantir o que o Tribunal considera outro interesse constitucionalmente fundado, a saber, a necessidade de acautelar a subsistência condigna desse mesmo trabalhador ao longo de toda a sua vida.

Não obstante o caminho tomado pelo Tribunal, a estrutura do princípio da proporcionalidade não convive bem com esta situação.

2. Conteúdo e estrutura da proporcionalidade equitativa

Apesar da sua textura diferenciada, estes casos têm em comum a circunstância de que, mais do que uma contraposição entre um bem, interesse ou valor (designadamente, uma posição jurídica subjetiva jusfundamental) que necessita de garantia contra agressões e outro bem, interesse ou valor que tem de ser limitado para conter aquelas agressões, há várias pretensões cruzadas dirigidas ao legislador, simultaneamente de proteção e de abstenção, sem que nenhuma delas ou grupo delas possa reivindicar qualquer tipo de primazia ou prevalência. Isto postula a necessidade de um *equilíbrio* entre o nível ou intensidade de proteção conferida a cada um deles e o nível ou intensidade de interferência nos outros. Não é possível

³⁴²² V., por exemplo, acórdão n.º 314/13.

atribuir primazia à perspectiva do *dever de ação positiva* ou, ao invés, à perspectiva do *dever de abstenção*.

Nesses casos em que a perspectiva subjacente é a do equilíbrio entre os níveis de satisfação e de interferência definidos para cada bem, interesse ou valor, é aplicável um outro instrumento mediador de harmonização que não a proibição do excesso ou a proibição do defeito: trata-se, agora, da proporcionalidade equitativa.

O dado de partida não é uma avaliação ou ponderação que tenha indicado uma prevalência *prima facie* de um dever de proteção ou de abstenção, mas sim a tarefa que a constituição confia ao legislador de assegurar que todos os bens, interesses ou valores imbricados em relações cruzadas de colisão são exercidos, fruídos ou realizados de modo *equilibrado*. O legislador não está primariamente obrigado a dar prevalência a uma ou outra de duas ou mais pretensões subjetivas contraditórias, mas a criar um quadro *abstrato* que permita a utilidade e o exercício conjugados e compatíveis, *na medida do possível*, das várias posições jurídicas subjetivas colidentes. Daí decorre a necessidade de desenhar soluções de superação *equilibrada* da colisão, isto é, soluções em que os direitos colidentes fazem cedências recíprocas em termos tendencialmente igualitários, quando *global* ou *conjuntamente* considerado o tratamento legislativo³⁴²³.

Nestes casos, o tratamento *equitativo* ou *equilibrado* decorre de a constituição lhes atribuir natureza, peso e importância equivalentes, sem preferência, ou de o próprio legislador interpretar o sentido objetivo do conjunto dos direitos fundamentais de modo a atribuir um tratamento equivalente ou equilibrado a posições jurídicas subjetivas sem arrimo constitucional.

Embora com sentidos diferentes, também é possível decompor este teste em três segmentos, adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e.

A norma é *adequada* quando fomenta ou promove a satisfação de *todos* os bens, interesses ou valores colidentes, ou faz parte de uma constelação unitária de normas que, conjunta e conjugadamente, fomentam ou promovem a satisfação daqueles bens, interesses ou valores.

A norma é *necessária* quando não há nenhuma outra alternativa que, mantendo pelo menos aproximadamente igual a intensidade de satisfação de todos os bens,

³⁴²³V. acórdão n.º 75/10, do Tribunal Constitucional, n.º 11.4.4.

interesses ou valores colidentes, é capaz de garantir uma sensivelmente menor afetação de um ou vários.

O meio é *proporcional e.s.e.* quando, pesadas as intensidades dos efeitos de satisfação e de interferência em cada um dos bens, interesses ou valores colidentes, se conclui que são equivalentes (atingiu-se um equilíbrio ótimo).

Pode talvez dizer-se que a proporcionalidade equitativa é uma das mais fiéis interpretações de uma ideia de otimização³⁴²⁴.

³⁴²⁴ Mesmo autores que recusam quer a doutrina dos princípios como comandos de otimização (ou objeto de comandos de otimização) quer a construção teórica do princípio da proporcionalidade como instrumento de otimização, admitem que há domínios em que se requiere ponderação optimizadora. Um dos exemplos mais frequentemente invocados é o do domínio do planeamento ou planificação (urbanística, por exemplo) um dos referidos no texto. Cfr. **Koch**, «Rechtsprinzipien...», *cit.*; **Poscher**, «Insights, Errors...», p. 446.

Vinte e quatro

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E PROPORCIONALIDADE QUANTITATIVA

1. Aspetos gerais

A ideia de proporcionalidade assume em vários domínios um sentido *matemático-contabilístico* ou *calculativo*. Assim sucede com a proporcionalidade do direito eleitoral, a proporcionalidade dos impostos, a proporcionalidade das taxas ou a proporcionalidade no cálculo de indemnizações por nacionalização ou expropriação. Todas essas noções referem-se a uma relação contabilística ou matemática entre duas grandezas cardinalmente expressáveis. Nesse caso, não há a relação causa-efeito entre um meio e um fim que subjaz a alguns segmentos da proibição do excesso³⁴²⁵, estabelecendo-se antes relações entre variáveis comensuráveis. Assim, diz-se que o *número* de deputados eleitos por um partido é proporcional ao (relaciona-se proporcionalmente com o) *número* de votos obtidos, sendo a proporcionalidade assegurada pela aplicação de um *ratio* uniforme ao número de sufrágios atingidos por cada concorrente; ou que o *montante* do imposto devido é proporcional à *quantidade* do rendimento tributável sobre que o imposto incide, sendo isso resultante da aplicação de uma taxa uniforme aos rendimentos; ou que o valor da taxa deve ser proporcional ao custo ou ao valor da prestação estadual³⁴²⁶; ou, ainda, que o *montante* da indemnização é proporcional ao *valor real ou contabilístico* do bem expropriado ou nacionalizado.

³⁴²⁵ Ávila, *Teoria...*, 7ª ed., p. 163, parece querer exprimir esta noção quando diz que o fim que se pretende atingir com a proporcionalidade quantitativa é um *fim interno*.

³⁴²⁶ Consequentemente, está também mais próxima da proporcionalidade quantitativa do que da proporcionalidade juridico-garantisitica a situação identificada por Sérvulo Correia, *Legalidade...*, p. 748: imperatividade de uma equivalência mínima e objetiva entre o valor da prestação da entidade

Diferentemente, com a proibição do excesso pretende-se garantir que quando há que sacrificar bens, interesses ou valores para atingir fins coincidentes com a concretização ou satisfação de outros bens, interesses ou valores, esse sacrifício é proporcional (ou não desproporcional). Só que a "proporção" não é suscetível de expressão quantitativa ou matemática, desde logo porque não há comensurabilidade, apenas comparabilidade e possibilidade de valoração qualitativa. A metódica da proibição do excesso supõe simplesmente operações estritamente técnico-jurídicas, umas de pura valoração ou contrapeso valorativo (*ponderação*), outras de qualificação e de apreciação e avaliação empírica, mas sempre dentro de parâmetros jurídicos.

2. Aplicação alternativa ou conjunta

Proibição do excesso e proporcionalidade quantitativa podem assumir relevância em *alternativa* ou em *conjunto*.

Assim, por vezes diz-se que às taxas se aplica o princípio da proporcionalidade³⁴²⁷. Isso não é contestável, mas é necessário especificar. Se o que estiver em causa for simplesmente a proporcionalidade em relação aos custos ou ao valor da prestação estadual de que é contrapartida (por exemplo, a taxa não pode exceder 1 se a prestação estadual custa ou vale 1), trata-se de proporcionalidade quantitativa. Se, ao invés, a taxa visar, exclusiva ou principalmente, outras funções além ou diferentes da cobertura do custo (por exemplo, as taxas moderadoras do SNS), então a sua imposição e conteúdo deve obedecer ao princípio da proibição do excesso³⁴²⁸. Se a taxa tiver ambas as finalidades, avalia-se a existência de proporcionalidade quantitativa, após o que, se esta não existir, sendo a taxa mais elevada do que o requerido pela cobertura do custo ou do valor da prestação, é aferida a sua conformidade com a proibição do excesso.

administrativa e o valor da contraprestação do particular resultantes de uma relação contratual administrativa.

³⁴²⁷ Nabais, *O Dever Fundamental...*, p. 345.

³⁴²⁸ Coincidente, Nabais, *O Dever Fundamental...*, p. 478.

No caso da apreciação de um ato de nacionalização (ou, *mutatis mutandis*, de expropriação), proporcionalidade quantitativa e proibição do excesso têm uso repartido ou conjunto. Estando em causa a colisão entre os direitos das pessoas prejudicadas ou atingidas pela nacionalização e o interesse público, há que verificar se o sacrifício dos primeiros é proporcional às vantagens daí resultantes para a comunidade, ou se há violação da proibição do excesso. No contrapeso dessas grandezas concorrem vários fatores. Para a avaliação da dimensão do sacrifício dos direitos ou interesses afetados pela nacionalização será, designadamente, imprescindível tomar em consideração a indemnização a que a nacionalização dá lugar³⁴²⁹. Quanto mais essa indemnização for matematicamente proporcionada ao prejuízo, mais a dimensão do sacrifício de bens e interesses se reduzirá e maiores serão as hipóteses de o ato de nacionalização ser considerado conforme com o princípio da proibição do excesso. Na verdade, se o sacrifício de bens ou interesses é integral e satisfatoriamente compensado por uma indemnização, a justificação para esse sacrifício não tem de ser tão forte como teria se a indemnização não chegasse a compensar o valor material do bem perdido. São claras as manifestações da proporcionalidade quantitativa e da proibição do excesso. Nesta situação, a averiguação da primeira é instrumental em relação à averiguação da segunda.

³⁴²⁹ O conceito de indemnização *proporcionada* ou *desproporcionada* é corrente em arestos do TC incidentes sobre a constitucionalidade de normas dos vários instrumentos normativos que regularam a matéria das indemnizações devidas aos titulares de bens nacionalizados após o 25 de Abril de 1974. Cfr., por todos, acórdão n.º 39/88 (M. Bento). A par dessas expressões, surgiram também as de indemnização "justa", "não irrisória", "razoável ou aceitável", "substitutiva", etc. Sobre o tema, v. **Nuno Sá Gomes**, *Nacionalizações e privatizações*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1988; **Diogo Freitas do Amaral / José Robin de Andrade**, «As indemnizações por nacionalização em Portugal», in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 49 (abr. 1989), pp. 5 ss.; **Marcelo Rebelo de Sousa**, «As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal», in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 49, 2 (Set. 1989), pp. 369 ss.; também, o debate protagonizado, entre outros, por **Diogo Freitas do Amaral**, «Indemnização justa ou irrisória?», in *Direito e Justiça*, vol. V (1991), pp. 61 ss.; **Marcelo Rebelo de Sousa**, «Comissões arbitrais, indemnizações e privatizações», *idem*, pp. 91 ss.; **Fausto de Quadros**, «O direito de reversão», *idem*, pp. 101 ss.; **António Sousa Franco**, «As indemnizações e as privatizações como institutos jurídico-financeiros», *idem*, pp. 115 ss.; mais voltados para os temas vizinhos das expropriações e indemnizações, **Fernando Alves Correia**, «As Garantias da Particular na Expropriação...», *cit.*; *idem*, «A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código de Expropriações de 1999», in *RLJ*, vol. 3904 (2000); **Lúcia Amaral**, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, *cit.*; **Teles Pereira**, «A indemnização por expropriação: o caso especial do artigo 26º, nº 12, do Código das Expropriações de 1999 na jurisprudência do Tribunal Constitucional» in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 441 ss.

3. O caso especial do dever de pagar impostos

O imposto pode ter fins (i) exclusivamente fiscais, (ii) principalmente fiscais e secundariamente extrafiscais, (iii) paritariamente fiscais e extrafiscais, (iv) secundariamente fiscais e principalmente extrafiscais ou (v) exclusivamente extrafiscais³⁴³⁰.

Quando o imposto tem finalidades exclusivamente tributárias ou financeiras (destina-se apenas a cobrir as despesas do Estado e demais setor público, despesas essas que visam garantir as funções vitais e o bem estar coletivo), falha à partida um pressuposto essencial da aplicabilidade da proibição do excesso: a identificação de um fim suficientemente específico (isto é, que não seja tão geral quanto o fim "prover o Estado com meios para prestar as suas atividades de interesse público e servir a comunidade")³⁴³¹.

Por outro lado, mesmo que fosse possível prescindir de um fim mais preciso do que aquele, a aplicação dos vários segmentos teria resultados pré-estabelecidos³⁴³²: primeiro, a cobrança de impostos é inevitavelmente adequada; segundo, é antecipável que não há outro meio pelo menos igualmente eficiente para atingir o fim que sacrifique menos o direito de propriedade (ou, *rectius*, o património), uma vez que a circunstância de haver um dever fundamental de pagar impostos gera condições de imposição e cobrança inigualáveis; terceiro, os efeitos positivos do imposto (prover o Estado com meios para desempenhar as suas atividades de interesse público e servir a comunidade) são iguais ou superiores aos negativos, uma vez que o cidadão, mantendo o montante do imposto ao seu dispor, não conseguiria, presumivelmente, usufruir das mesmas condições de vida em comunidade.

³⁴³⁰ Nabais, *O Dever Fundamental...*, p. 227.

³⁴³¹ Assim, Nabais, *O Dever Fundamental...*, p. 552.

³⁴³² Sobre isto, v. **Gunnar Folke Schuppert**, «Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Steuergesetzen», in *Festschrift für Zeidler*, 1987, pp. 691 ss.; coincidente, Nabais, *O Dever Fundamental...*, p. 552, com mais referências, embora sustente esta posição numa decisão do próprio legislador constituinte. Sobre o tema da viabilidade da aplicação de uma versão da proibição do excesso como comando de otimização (tal como defendida pela teoria dos princípios) nas situações em que esteja em causa a eventual desproporção de *montantes* de impostos, taxas, sanções pecuniárias ou seguros obrigatórios, v. **Holländer**, «El principio...», pp. 215 ss.

No domínio dos impostos com fins exclusivamente fiscais funciona como parâmetro primacial o princípio da igualdade na repartição dos encargos ou da tributação conforme a capacidade contributiva³⁴³³. O princípio da proibição do excesso terá, quanto muito, uma repercussão simplesmente reflexa, por via da ponderação do fator financeiro na aplicação da necessidade e da proporcionalidade e.s.e. a normas que prossigam determinados interesses públicos. Como se expôs, o fator ou interesse financeiro do Estado (dos contribuintes) é um dos interesses a ponderar na escolha da medida menos interferente e na avaliação da proporcionalidade e.s.e.³⁴³⁴.

Todavia, quando os impostos visam prosseguir exclusiva, principal, concomitante ou secundariamente objetivos extrafiscais e na medida em que os visem, coloca-se a aplicabilidade da proibição do excesso em certas circunstâncias³⁴³⁵.

Essas circunstâncias prendem-se, essencialmente, com a questão de saber se os objetivos extrafiscais são *devidos* ou são *livremente* conformados pelo legislador. Os artigos 103.º, n.º 1 e 104.º, n.ºs 1, 3 e 4, mencionam expressamente outras finalidades além das fiscais, mas não são claros sobre se a prossecução delas constitui um dever do legislador ou uma mera faculdade. Na medida em que se trate de meras faculdades, que o legislador é livre de prosseguir ou não, ou de verdadeiros deveres, assim será aplicável à vertente da norma tributária que puder ser suficientemente isolada o princípio da proibição do excesso ou o princípio da proibição do defeito. Nesta desagregação do segmento da norma que visa atingir fins extrafiscais reside a principal dificuldade da operação metódica de aplicação daquele(s) princípio(s).

³⁴³³ Sobre esse princípio, por todos, **Nabais, O Dever Fundamental...**, pp. 435 ss.

³⁴³⁴ Cfr. *supra*, capítulos 16 e 18.

³⁴³⁵ Dependendo de vários enquadramentos doutrinários, esta distinção entre as situações em que se aplica o princípio da capacidade contributiva e situações em que se aplica o princípio da proibição do excesso (e outros parâmetros aplicáveis a interferências em posições jurídicas subjetivas fundamentais) é reconhecida. Assim: **Dieter Birk, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen**, Steuerwissenschaft Deubner, Köln, 1983, pp. 56 ss. (*apud Nabais, O Dever Fundamental...*, p. 250), distinguindo entre efeitos oneradores e efeitos conformadores das normas fiscais; **Nabais, O Dever Fundamental...**, pp. 251, 479.

Vinte e cinco

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E CONCORDÂNCIA PRÁTICA

A criação do conceito de concordância prática é atribuída a dois discípulos de SMEND³⁴³⁶: RICHARD BÄUMLIN³⁴³⁷ e KONRAD HESSE³⁴³⁸ (sendo a formulação deste último mais conhecida e mais influente). Tem algum arrimo jurisprudencial e doutrinal a assimilação à ideia de *equilíbrio ótimo* (*schonendster Ausgleich*)³⁴³⁹.

O número de vezes que a formulação original de HESSE³⁴⁴⁰ foi citada é diretamente proporcional à sua ambiguidade³⁴⁴¹. Tal ambiguidade tem persistido na

³⁴³⁶ Assim **Fischer-Lescano**, «Kritik der praktischen Konkordanz», p. 169; v., também, **Marauhn/Ruppel**, «Balancing Conflicting Human Rights : Konrad Hesse's...», *cit.*

³⁴³⁷ **Richard Bäuml**, *Staat, Recht und Geschichte : Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, EVZ-Verlag, Zürich, 1961, p. 30 (*apud* Fisher-Lescano, *loc. cit.*).

³⁴³⁸ *Grundzüge...*, 20.^a ed., p. 28.

³⁴³⁹ Expressão abreviada da fórmula do BVerfG, "prinzip des schonendsten Ausgleichs konkurrierender grundgesetzlich geschützter Positionen": cfr. BVerfGE, 39, p. 43; **Matthias Mayer, Untermaß, Übermaß...**, p. 38; **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 513; **Pirker, Proportionality...**, p. 131.

³⁴⁴⁰ "Die Grenzziehungen müssen daher im jeweiligen konkreten Falle verhältnismässig sein: sie dürfen nicht weiter gehen als es notwendig ist, um die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen. "Verhältnismässigkeit" bezeichnet in diesem Zusammenhang einer Relation zweier variablen Grössen".

³⁴⁴¹ Essa ambiguidade torna-se por vezes bem evidente nas traduções da frase da nota anterior. Comparem-se, por exemplo, as de **Kommers / Miller, The Constitutional Jurisprudence...**, p. 68 e de **Cohen-Ely / Porat**, «The Hidden Foreign Law Debate in Heller. The Proportionality Approach...», p. 25, "The principle of the constitution's unity requires the optimization of [values in conflict]: Both legal values need to be limited so that each can attain its optimal effect. In each concrete case, therefore, the limitation must satisfy the principle of proportionality; that is, they may not go any further than necessary to produce a concordance of both legal values"; e a de **Barak, Proportionality...**, p. 239 (trocando "concordância", por "unidade", na parte final), "The principle of constitutional unity requires an optimization of conflicting values. The limitations on these values should be such that each value may achieve its own optimal effect. Accordingly, in each concrete case, those limitations must abide by the requirements of proportionality. Thus these limitations should require no more than is necessary to achieve unity between the conflicting values."

jurisprudência e na doutrina³⁴⁴² que, aliás, a têm acentuado na medida em que vão propondo interpretações ampliativas ou reconstrutivas.

Naquela formulação original, a concordância prática é simultaneamente uma *diretiva* e um *resultado* a atingir³⁴⁴³. A sua sede própria é a teoria da interpretação constitucional. Um dos princípios que aí regem é o da unidade da constituição. Este obriga a que, em caso de colisões, os bens constitucionalmente protegidos sejam coordenados. Nesses casos deve evitar-se que um dos bens constitucionais seja realizado à custa do outro. O princípio da unidade da constituição impõe otimização: devem-se definir os limites de ambos os bens em colisão de modo a que ambos logrem eficácia ótima. A definição de limites deve ser feita de forma *proporcional* em cada caso concreto. Não se deve ir além do que for *necessário* para estabelecer a concordância de ambos os bens jurídicos.

A ambivalência da figura da concordância prática suscita naturalmente o debate sobre a sua relação com outras figuras, designadamente a da proporcionalidade e, mais especificamente, a da proporcionalidade em sentido estrito³⁴⁴⁴. Nesse contexto, encontram-se posições variadas: há quem assimile concordância prática e proporcionalidade em sentido amplo³⁴⁴⁵ ou associe a concordância prática a um

³⁴⁴² Tanto quanto sabemos, o próprio **Hesse** não procurou ir mais longe no esclarecimento da relação entre concordância prática e proporcionalidade.

³⁴⁴³ Na doutrina nacional, v. a elucidação de **Canotilho, *Direito Constitucional...***, 2.^a ed., 1998, p. 1098: "Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. (...) O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens."

³⁴⁴⁴ Para o debate das relações entre os dois princípios v., entre muitos, **Grabitz, «Der Grundsatz...»**, p. 576; **Jakobs, *Der Grundsatz...***, p. 99; **Harald Schneider, *Güterabwägung...***, p. 203; **Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot***, pp. 57 ss.; **Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales***, pp. 231 ss.; **Canotilho, *Constituição dirigente...***, pp. 199-200; **Novais, *As restrições...***, vários locais; **Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß...***, pp. 38 ss.; **Emiliou, *The principle...***, p. 36.

³⁴⁴⁵ Na jurisprudência constitucional portuguesa, onde se usa o conceito desenvolvamente, veja-se, neste sentido, por todos, o acórdão n.º 632/08 do Tribunal Constitucional: "A bem dizer, a exigência de que uma medida restritiva de um direito satisfaça, de forma equilibrada, o imperativo da concordância prática entre bens ou interesses conflituantes (e de igual relevo constitucional) não vale, apenas, para a densificação do conteúdo do segundo *teste* de proporcionalidade. Pelo contrário. Contendo ela, afinal de contas, a corporização da própria ideia de proporcionalidade, a inevitabilidade da sua presença faz-se sentir, transversalmente, na aplicação de todos os subprincípios que integram o valor constitucional em causa: isto mesmo se extrai, aliás, da parte final

critério de proporcionalidade, sem especificar *qual proporcionalidade* (em sentido amplo, em sentido estrito ou outra?)³⁴⁴⁶ ou quem aparte claramente concordância prática e proporcionalidade³⁴⁴⁷ ou lhes atribua conteúdo, densidade ou utilidade distintas³⁴⁴⁸.

Em qualquer caso, da ambiguidade da figura da concordância prática decorre uma primeira diferença estrutural que parece indiscutível: a concordância prática limita-se a expressar uma diretiva sobre um resultado a atingir, enquanto a proibição do excesso possui uma estrutura racional de aplicação³⁴⁴⁹. Todavia, essa é uma diferença formal que não divorcia irremediavelmente os dois institutos³⁴⁵⁰. Interessa, pois, aprofundar a distinção e o relacionamento entre eles.

Isso passa pela clarificação dos seguintes pontos: (i) o domínio de aplicação do princípio da concordância prática é apenas o da interpretação constitucional? (ii) A concordância prática convive apenas com uma das modalidades de otimização possíveis? (iii) A exigência de concordância prática vale apenas quando se trata de direitos fundamentais? (iv) A proporcionalidade a que HESSE alude é a proporcionalidade e.s.e. ou é outra coisa?

Vejamos o que parece ser uma leitura credível da construção de HESSE.

Primeiro, a concordância prática é um instrumento hermenêutico específico da teoria da constituição. Representa uma projeção do clássico *elemento sistemático* no contexto específico da interpretação constitucional, impondo que, na concretização

do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, que determina que as restrições se devem limitar ao necessário para salvaguardar *outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*."

³⁴⁴⁶ V. **Miranda**, *Manual...*, vol. II, 3.ª ed., p. 258; **Andrade**, *Direito...*, p. 203; **Os direitos...**, 1.ª ed., p. 223; 2.ª ed., pp. 314 ss.; **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 513; **Pirker**, *Proportionality...*, p. 131.

³⁴⁴⁷ Veja-se o caso nítido de **Emiliou**, *The Principle...*, p. 36, que traça a diferença entre concordância prática e proporcionalidade sustentando que a primeira implica otimização e a segunda não. O princípio da concordância prática requer uma harmonização dos dois objetos que são ponderados em caso de colisão, não podendo nenhum deles ser promovido a expensas do outro, desse modo se garantindo a efetividade ótima ou otimização de ambos; ao invés, o princípio da proporcionalidade assegura que não estão em desproporção, mas não que estejam numa relação ótima.

³⁴⁴⁸ **Grabitz**, «Der Grundsatz...», p. 576; **Jakobs**, *Der Grundsatz...*, p. 99; **Emiliou**, *The Principle...*, p. 36; **Ávila**, *Teoria...*, 7ª ed., p. 165,

³⁴⁴⁹ Cfr. **Ávila**, *Teoria...*, 7ª ed., p. 165.

³⁴⁵⁰ Um outro fator eventualmente distintivo, também formal, poderia ser o do destinatário dos dois princípios. **Jakobs**, *Der Grundsatz...*, p. 99, sustenta, por exemplo, que o princípio da concordância prática se dirige primariamente ao legislador, ficando os órgãos de controlo limitados ao julgamento da proporcionalidade.

das disposições constitucionais (e não de outras), estas sejam coordenadas com as demais componentes do sistema, de forma a que todas conservem a sua identidade e potencial normativos e não sejam sacrificadas em benefício de outras³⁴⁵¹.

Segundo, o princípio da concordância prática visa atingir um certo tipo de otimização dos bens, interesses ou valores tuteladas pelas normas constitucionais. Sendo um conceito controverso, uma definição possível de otimização parece ser a seguinte: *promoção da melhor solução possível ou de uma das melhores soluções possíveis de equilíbrio entre os bens, interesses ou valores colidentes ou, havendo desequilíbrio, da melhor solução ou de uma das melhores soluções de desequilíbrio entre os bens, interesses ou valores colidentes*³⁴⁵². Desta definição decorre que o conceito de *equilíbrio* não é constitutivo da noção de otimização, abrindo-se a possibilidade de duas modalidades de otimização: a simétrica e a assimétrica. A primeira implica equilíbrio dos bens, interesses ou valores envolvidos, a segunda não.

Ora, da frase de HESSE anteriormente transcrita não se retira inequivocamente aquilo que um setor da doutrina dá como certo³⁴⁵³, ou seja, que a diretiva de concordância prática aponta para a otimização *simétrica*. Simplesmente se prescreve que, através da interpretação da constituição³⁴⁵⁴, devem desvendar-se os limites dos bens, interesses ou valores em colisão, de modo a que todos adquiram uma eficácia ótima. Afigurando-se inviável a satisfação plena ou a cem por cento de todos, vale o objetivo da *operação de concordância prática*, sendo por isso necessário calibrar as cedências mútuas que cada qual deve admitir, de modo a

³⁴⁵¹ Cfr. **Hesse**, «La interpretación constitucional», in Konrad Hesse *Escritos de derecho constitucional...*, cit., pp. 45 ss.; **Pulido**, *El principio...*, p. 555; **Canotilho**, *Direito...*, 7.ª ed., pp. 1187-1188. Essa é a linha que leva **Barak**, *Proportionality...*, p. 239, a invocar o ensino de **Hesse** no contexto da exposição sobre o alcance do que designa por *interpretive balancing*.

³⁴⁵² V. antecipamos a definição que aprofundamos *infra*, capítulo 29.

³⁴⁵³ Apontando nessa direção, **Canotilho**, *Constituição dirigente...*, pp. 199-200 (distinguindo concordância prática e *ponderação de bens*, mas não parecendo abusiva a interpretação de que onde o autor se refere a ponderação de bens se poderia ler antes *proporcionalidade e.s.e.*): a concordância prática exigiria, "em vez da unilateral valoração de um bem constitucional em desfavor do outro, que se proceda a uma otimização equilibrada e equalizante, de modo a assegurar a eficácia de ambos os bens em conflito". Em *Direito...*, p. 228, o autor frisa a subjacência ao princípio da concordância prática da "ideia do *igual valor dos bens*"; cfr., no entanto, **Andrade**, *Os Direitos...*, 2.ª ed., p. 315.

³⁴⁵⁴ Sendo inegavelmente o legislador, particularmente o parlamentar, o *primeiro intérprete* e o *primeiro aplicador* da constituição: v., por todos, **Ossenbühl**, «Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung», in Badura/Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. 1, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 35 ss.

conseguir-se a respetiva otimização. Mas pode suceder que a otimização (ou a solução ótima) se traduza na satisfação de um dos bens, interesses ou valores em maior medida do que outro³⁴⁵⁵.

Terceiro, HESSE alude à concordância de bens jurídicos (*die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen*). Embora isso não resulte diretamente, tem sido entendido que a intenção é atender apenas a bens jurídicos *constitucionalmente garantidos*. Mas mesmo a noção de bens jurídicos constitucionalmente garantidos pode ser entendida de forma restritiva ou ampliativa. De acordo com a leitura restritiva, que alguns imputam ao autor, a concordância prática visa a otimização de bens jurídicos constitucionalmente garantidos em relação aos quais se possa falar de equivalência, isto é, em termos gerais, de direitos fundamentais. Sob o seu radar não cabem outros bens, interesses ou valores, designadamente interesses públicos ou comunitários³⁴⁵⁶.

Finalmente, HESSE entende que a busca de proporcionalidade (na definição dos limites dos bens jurídicos colidentes) é uma dimensão metódica da *Konkordanz*: é através do tratamento proporcional que se atinge a concordância. Daí a questão antes enunciada: a noção de proporcionalidade a que apela coincide com a do princípio da proporcionalidade e.s.e.?

DECHSLING advoga que não: a proporcionalidade própria da concordância prática é a que se refere a uma relação ótima entre duas grandezas variáveis (*variablen Größen*, diz HESSE)³⁴⁵⁷. Isto quereria dizer o seguinte: do ponto de vista metódico, o legislador, quando interpreta a constituição sob o imperativo da concordância prática, manipula os bens, interesses ou valores como variáveis móveis cuja otimização requer um processo de ajustamento recíproco e infixo até à solução final; diferentemente, quando legisla sob o imperativo da proporcionalidade e.s.e. fixa e estabiliza à partida um fim para a norma, a partir do qual define o meio - que funciona como elemento móvel do processo deliberativo.

³⁴⁵⁵ Se *M1* satisfaz *P1* em 70% e *P2* em 65%, ao passo que *M2* satisfaz *P1* em 70% e *P2* em 68%, não havendo outras alternativas, não restam dúvidas que *M2* otimiza a satisfação de *P1* e *P2*, não obstante *P2* ser menos satisfeito em qualquer das hipóteses (o exemplo, com percentagens cardinalmente expressas, tem efeitos meramente expositivos e não ambiciona espelhar qualquer situação real).

³⁴⁵⁶ Assim, Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 58.

³⁴⁵⁷ Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 58.

Não se põe em dúvida que esta visão essencialmente restritiva da concepção *hessiana* da concordância prática (como instrumento de *interpretação* constitucional, de otimização assimétrica, vocacionado para as colisões de normas de direitos fundamentais e apelando a uma modalidade específica de proporcionalidade) tem correspondência no pensamento dos seus mentores³⁴⁵⁸. Todavia, fica aquém das potencialidades teóricas que comporta.

Por um lado, a concordância prática pode ser convocada em outros ambientes metódicos além da interpretação de normas constitucionais. Designadamente, pode presidir à operação de *harmonização legislativa* que o legislador efetua quando concebe mecanismos legislativos que possibilitem o exercício articulado e não colidente de dois ou mais direitos fundamentais.

Com esta configuração, a concordância prática tem aplicação relevante *como parâmetro de compromisso* nos casos de conformação legislativa da ordem jurídica privada, onde todos os interessados têm a pretensão de usufruir igualmente da sua liberdade e autonomia. Nesse contexto, o legislador lida com sujeitos de direito não inseridos numa ordem hierárquica, com diferentes interesses e múltiplos fins, competindo-lhe assegurar a realização ótima e equilibrada de posições jurídicas contraditórias, designadamente as que concretizam a liberdade³⁴⁵⁹.

Por outro lado, radicando-se a concordância prática na unidade da constituição, não se justifica circunscrever o seu âmbito de atuação às situações em que estejam em causa colisões de posições jurídicas subjetivas decorrentes de direitos fundamentais. Pelo menos quando a colisão envolver outros bens, interesses ou

³⁴⁵⁸ Podendo até consentir uma leitura da concordância prática em alternativa à ponderação de bens (cfr. **Novais, As Restrições...**, p. 560, invocando Hesse, Müller e Lerche). Nessa perspetiva, a concordância prática dá por adquirida - como elemento *dado*, de partida, sem resultar de ponderação dos pesos - a idêntica força e peso normativo das normas e bens por elas protegidos. Diferentemente, no contexto da ponderação o peso dos bens em confronto não é um *dado*, um adquirido, um *prius*, mas um *resultado* da sua realização. De acordo com o peso que o processo ponderativo atribuir aos vários bens em colisão, peso que pode variar na situação concreta (a noção de situação concreta abrange as situações em que o legislador, antecipando em abstrato o conflito, o procura resolver), assim será a solução legislativa, a qual pode, inclusive, de acordo com a leitura do peso e importância, traduzir-se no sacrifício total ou quase total de um dos bens em colisão.

³⁴⁵⁹ Coincidente, **Matthias Mayer, Untermaß, Übermaß...**, p. 41.

valores com fundamento constitucional, quaisquer que sejam, a *ratio* da concordância prática é invocável^{3460/3461}.

É fácil observar que, com esta configuração - que vai além do que HESSE pensou, mas que encontra resguardo seguro no seu espírito -, a concordância prática não se afasta muito do conceito de *harmonização* que temos usado neste trabalho. Por isso, poderia falar-se de um comando, de um objetivo ou de um resultado de *harmonização* ou de *concordância prática*. Esse objetivo, ou esse resultado, é atingido (ou, quando for o caso, controlado) de várias formas, a saber: através da interpretação constitucional ou, no âmbito da atividade criadora ou constitutiva do legislador, através da aplicação dos instrumentos de harmonização ou de concordância prática, entre os quais se destaca a proibição do excesso³⁴⁶².

³⁴⁶⁰ Por todos, **Alexy, A Theory...**, p. 107; **Ávila, Teoria...**, 7ª ed., p. 145.

³⁴⁶¹ Admite-se inclusive que o princípio ou *tarefa* de concordância prática valha também quando esteja em causa a repartição de competências entre órgãos: assim, **Canotilho/Moreira, Os poderes do Presidente...**, pp. 41-42, 79. Encarar o princípio da concordância prática como princípio geral de otimização e harmonização de *pretensões* baseadas em normas constitucionais, sejam pretensões subjetivadas, sejam pretensões fundadas em *normas atributivas de competências*, conferir-lhe-ia também a natureza de critério da definição de competências. Cfr., por todos, o trabalho de fundo de **Klatt, Die Praktische Konkordanz...**, *cit.*

³⁴⁶² É neste sentido que se pode dizer que o princípio da proporcionalidade é um veículo de execução da concordância prática: sobre isso, **Grabitz, «Der Grundsatz...»**, p. 596; **Harald Schneider, Die Güterabwägung...**, pp. 202 ss.

Vinte e seis

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E RAZOABILIDADE

1. Os múltiplos significados da razoabilidade

O conceito de razoabilidade assume múltiplos significados, em várias áreas do pensamento jurídico e filosófico³⁴⁶³.

A delimitação entre a proibição do excesso ou proporcionalidade clássica e a razoabilidade tem sido longamente debatida^{3464/3465}, mas continua a ser fator de discordância na doutrina e na jurisprudência, que, aliás, usam frequentemente as duas expressões sem clarificar o seu sentido, alcance e relação³⁴⁶⁶. Em certos ambientes dogmáticos, razoabilidade e proporcionalidade são expressões que

³⁴⁶³ Numa perspectiva filosófica, **Alexy**, «Ragionevolezza im Verfassungsrecht...», *cit.*; *idem*, «The Reasonableness of Law», *cit.* Numa perspectiva jusconstitucional v., por todos, **Albrecht**, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab...*, *cit.*; numa perspectiva eclética, **Silvia Zorzetto**, «Reasonableness», *cit.*

³⁴⁶⁴ V., desde logo, **Krauss**, *Der Grundsatz...*, p. 16.

³⁴⁶⁵ Tal como, também, a relação entre razoabilidade e racionalidade: **Alexy**, «The Reasonableness», pp. 5 ss., 6 (racionalidade prática e razoabilidade são mais ou menos a mesma coisa, referindo-se aos critérios que a razão prática tem de aplicar para determinar se um juízo prático é correto; a razoabilidade limita-se a focar mais intensamente determinados atributos da racionalidade prática); **Sartor**, «A Sufficientist Approach...», pp. 17 ss. (não há coincidência; para que algo seja razoável, tem de ser simultaneamente racional e moralmente correto); **Georg H. von Wright**, «Images of Science and Forms of Rationality», in *idem*, *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Brill, Leiden, 1993, pp. 172 ss., 173, *apud Alexy*, *ob. cit.* (a racionalidade respeita aos fins - à correção formal do raciocínio, à eficiência dos meios para os atingir - , enquanto a razoabilidade é orientada aos valores; por isso, algo pode ser racional sem ser razoável). V., entre muitos, **W.M. Sibley**, «The Rational versus the Reasonable» in *The Philosophical Review*, vol. 62 (1953), pp. 554 ss.; **Chaim Perelman**, «The Rational and the Reasonable», in *The New Rhetoric and the Humanities. Essays on Rhetoric and its Applications*, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1979, p. 117; **Aarnio**, *The Rational as Reasonable...*, *cit.*; **Manuel Atienza**, «Para una razonable definición de razonable», p. 193.

³⁴⁶⁶ Apontando justamente esse aspeto da jurisprudência do *BVerfG*, **Ossenbühl**, «Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab», pp. 316-320.

tendem a designar o mesmo objeto³⁴⁶⁷, enquanto noutros a (i)razoabilidade é umas vezes assimilada à (in)adequação³⁴⁶⁸, outras à (des)proporcionalidade e.s.e.³⁴⁶⁹ ou é um teste "multiusos"³⁴⁷⁰. Em alguns casos (i)razoabilidade equivale a qualquer forma de evidente injustiça³⁴⁷¹. Ainda noutra perspetiva, a proporcionalidade é um dos desdobramentos do teste de razoabilidade³⁴⁷². Todavia tem havido tentativas de explicar a relação entre as duas figuras, distinguindo-as, nuns casos perfilhando-se uma visão autonomizadora, noutros integracionista³⁴⁷³.

2. A visão autonomizadora da razoabilidade

A visão autonomizadora³⁴⁷⁴ admite a existência de uma relação estreita entre proibição do excesso e razoabilidade, ambas tributárias de uma ideia mais geral e

³⁴⁶⁷ Deteta-se essa tendência na doutrina e na jurisprudência do Reino Unido e dos outros Estados, onde a razoabilidade (*reasonableness*) chegou primeiro do que a proporcionalidade, por exemplo através do *Wednesbury test*. Aí a convivência entre os dois testes é manifestamente intranquila e equívoca, oscilando entre a correspondência entre eles e a diferenciação: cfr. **Sullivan / Frase, *Proportionality Principles*...**, p. 37; **Barak, *Proportionality*...**, pp. 371 ss. No que concerne a outros espaços jurídicos, cfr. **Emiliou, *The Principle*...**, pp. 37-39; **Craig**, «The Nature of Reasonableness Review», in *Current Legal Problems*, vol. 66 (2013), pp. 131-167.

³⁴⁶⁸ **Barak, *Proportionality*...**, p. 376, referindo-se ao que designa razoabilidade num sentido fraco, distinta da razoabilidade em sentido forte, que coincidiria largamente com a proporcionalidade clássica.

³⁴⁶⁹ **Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral***, tomo I, 2.^a ed., p. 211.

³⁴⁷⁰ Como parece suceder nas jurisprudências constitucionais espanhola e italiana. Sobre a primeira, **Trias / Ruiz**, «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», p. 12; sobre a segunda, v. a bibliografia aconselhada no capítulo 1, 2.2.2.2.

³⁴⁷¹ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 452,

³⁴⁷² **Fabbrini**, «Reasonableness as a test for judicial review of legislation...», p. 40.

³⁴⁷³ Saliente-se o relevo que a literatura latino-americana tem atribuído ao princípio da razoabilidade e da sua relação com a proibição do excesso/proporcionalidade. Por exemplo, **Barroso**, «Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional», *cit.*; **Ávila, *Teoria*...**, *cit.*; **Cianciardo, *El principio de razonabilidad*...**, *cit.*; **Virgílio Afonso da Silva**, «O proporcional e o razoável», *cit.*; **Braga, *Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade***, *cit.*

³⁴⁷⁴ Cfr. **Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*...**, pp. 17 ss.; **Zimmerli**, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...», p. 16; **Barnées**, «El principio de proporcionalidad...», pp. 35 ss.; **Harald Schneider, *Die Güterabwägung*...**, p. 249; **Lücke, *Die (Un-) Zumutbarkeit als allgemeine Grenze öffentlich-rechtlicher Pflichten des Bürgers***, pp. 55 ss.; *idem*, «Die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zumutbarkeit», pp. 769 ss.; **Ossenbühl**, «Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab», pp. 316 ss.; **Jakobs *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen*...**, pp. 86 ss.; **Ávila, *Teoria*...**, 1.^a ed., pp. 94-104, 7.^a ed., pp. 151 ss.; **Novais, *As***

mais antiga de *equidade*³⁴⁷⁵. No entanto, traça uma diferença de raiz qualitativa entre a *razoabilidade individualizada*³⁴⁷⁶ e a proibição do excesso (em particular, o segmento da proporcionalidade e.s.e.), considerando-as dois princípios autônomos³⁴⁷⁷.

A visão autonomizadora assume que a proporcionalidade e.s.e. atende às *relações* entre um meio e um fim, entre meios alternativos e entre efeitos jurídicos negativos e efeitos jurídicos positivos. Incide, assim, sobre tensões relacionais entre variáveis, algumas delas sujeitas a operações de ponderação bilateral. Ora, uma primeira linha de argumentação sublinha que a avaliação de um meio sob esse prisma relativo ou relacional pode não ser suficiente. Há situações em que, apesar de as relações acima referidas superarem os vários segmentos da proibição do excesso, incluindo o da proporcionalidade e.s.e., a medida é desrazoável pelo *impacto subjetivo* que produz³⁴⁷⁸. Isso é assim por o exame da razoabilidade individualizada não se preocupar com, nem pressupor, uma relação entre variáveis de meio e fim ou de efeitos positivos e negativos. É simplesmente um *standard* para avaliar se é exigível, *em termos absolutos* ou *categóricos*, o cumprimento por uma pessoa de um dever, ou se lhe podem ser impostos um encargo ou desvantagem, em certas circunstâncias peculiares em que se encontre³⁴⁷⁹.

A razoabilidade funciona, por conseguinte, como corretivo na aplicação de uma norma, tendo em conta as circunstâncias subjetivas individualizadas do caso

restrições..., pp. 765 ss.; *idem*, *Os Princípios...*, pp. 188 ss.; **Emiliou**, *The Principle...*, p. 39; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», pp. 520, 558-559; **Pirker**, *Proportionality...*, p. 131.

³⁴⁷⁵ **Emiliou**, *The Principle...*, p. 39.

³⁴⁷⁶ Que num certo ângulo se pode também designar de *razoabilidade-equidade* para realçar a sua função mediadora de equidade no caso concreto. **Ávila**, *Teoria...*, pp. 94-103, alude também a razoabilidade como *congruência* (referente à exigência de a norma ter um suporte empírico real) e razoabilidade como *equivalência* (equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona).

³⁴⁷⁷ Na doutrina nacional aproxima-se desta tese, **Novais**, *As restrições...*, pp. 765 ss.; *idem*, *Os Princípios...*, p. 188. Contudo, a circunstância de qualificar a razoabilidade como uma dimensão autónoma da garantia da proibição do excesso, de admitir que também a proporcionalidade pode operar segundo uma perspetiva concreta e individual e de reconhecer que a razoabilidade não dispensa a necessidade de eventuais ponderações dos interesses relevantes no caso concreto, resulta numa diluição muito significativa da orientação autonomizadora.

³⁴⁷⁸ **Lücke**, «Die Grundsätze...», p. 770; **Jakobs** *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen...*, pp. 86 ss., 94; **Ossenbühl**, «Zumutbarkeit...», pp. 315 ss.; **Merten**, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», pp. 558-559.

³⁴⁷⁹ Assim, **Emiliou**, *The Principle...*, p. 39.

concreto³⁴⁸⁰. A grande diferença entre proporcionalidade e.s.e. e razoabilidade reside no seguinte: o controlo da proporcionalidade e.s.e. da interferência assenta no contrapeso dos *efeitos positivos* e dos *efeitos negativos* da norma, com vista a verificar se há proporção entre eles; diversamente, a verificação da razoabilidade centra-se exclusivamente na apreciação do impacto dos efeitos *negativos* na esfera jurídica do(s) indivíduo(s) afetado(s), com vista a verificar se são toleráveis, independentemente dos efeitos positivos que se produzam. Desse modo, um ato com características gerais e abstratas pode ser adequado, necessário e objetivamente não desproporcional e, todavia, ser desrazoável, por a sua incidência na esfera pessoal de um indivíduo ser inadmissível ou intolerável por razões essencialmente atinentes à sua subjetividade ou ao impacto subjetivo da medida³⁴⁸¹.

Para ilustrar esta situação são invocados vários exemplos, como o do estrangeiro que é expulso sem atender à sua situação familiar, profissional e habitacional, ou o das testemunhas de Jeová que recusam quer o serviço militar quer o serviço cívico, ou o do avião controlado por terroristas³⁴⁸².

Vejamos este último caso: as autoridades de um país obtêm informação de que se dirige para a sua capital um avião controlado por um grupo de terroristas armado com bombas nucleares que serão lançadas sobre a cidade, provocando destruição incalculável e, presumivelmente, a morte de dezenas ou centenas de milhares de pessoas. Aos comandos do avião está um piloto que foi raptado e obrigado a pilotar, sob a ameaça de a família, também raptada, ser morta. Como única hipótese eficaz e viável, as autoridades decidem abater o avião sobre o mar, antes de entrar no espaço aéreo nacional. Os defensores da diferenciação entre proibição do excesso e razoabilidade admitem eventualmente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito desta decisão, tendo em conta os bens, interesses ou valores em colisão, as alternativas e o fim – legítimo – que se pretende atingir, a proteção da vida de milhares de pessoas. Mas a medida não é razoável na perspetiva, subjetiva e situacionalmente *atípica*, do piloto do avião. O princípio da razoabilidade, como princípio autónomo e vinculante, determinaria a invalidade de

³⁴⁸⁰ Ávila, *Teoria...*, pp. 94 ss.

³⁴⁸¹ Novais, *As restrições...*, pp. 765-766.

³⁴⁸² V. Schlink, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 452; Novais, *Os Princípios...*, p. 188.

uma medida com este sentido e alcance, não obstante a sua conformidade com a proibição do excesso.

Ainda no sentido da sustentação da autonomização da razoabilidade e da operação metódica que ela envolve, alega-se que há situações em que não só não é suficiente, como não é viável, a aplicação de um teste como a proporcionalidade e.s.e. É o caso da imposição de tributos aos particulares. Aí pondera-se se o contribuinte foi demasiado sobrecarregado, ou seja, se o tributo tem um impacto desrazoável na sua esfera patrimonial, sem importarem (nem, eventualmente, serem determináveis) os efeitos positivos do referido tributo.

Há até situações em que não está em causa se a tributação é muito elevada e se tem um impacto desrazoável no património, mas simplesmente se é razoável que exista, *de todo*, uma imposição ou obrigação. Por exemplo (caso tipicamente alemão), quando o marido, assalariado, não pertencente a nenhuma igreja, tem de pagar imposto religioso destinado a uma igreja a que a sua mulher, não assalariada, pertence. A proibição da desrazoabilidade encontra sentido útil autónomo nestes casos³⁴⁸³.

O Tribunal Constitucional português deu já indicações de aderir à tese da autonomização³⁴⁸⁴, mas também já deu inúmeros sinais contrários.

³⁴⁸³ V. o desenvolvimento desta posição em **Ossenbühl**, «Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab», pp. 316 ss.; também, **Emiliou**, *The Principle*..., p. 39; **Ávila**, *Teoria*..., pp. 94 ss.

³⁴⁸⁴ Salientemente no acórdão n.º 413/14, onde o *princípio da razoabilidade* é invocado como parâmetro único de invalidação de uma norma legislativa. Todavia, com assinalável ambiguidade. Tratava-se da constitucionalidade de contribuições sobre prestações de doença e de desemprego, incluídas no Orçamento do Estado de 2014. Por um lado, o Tribunal parece aderir à orientação da autonomização do princípio da razoabilidade, aplicando-o sem a apreciação das relações entre variáveis próprias da proporcionalidade/proibição do excesso, isto é, aplicando-o de forma categórica e apenas com a avaliação do impacto *subjetivo* da interferência. Todavia, refere que o "princípio da razoabilidade surge relacionado com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito" e que é um "critério atinente ao princípio da proporcionalidade" (*idem*). Finalmente, considera *desrazoáveis* as normas em causa e declara-as inconstitucionais *por violação do princípio da proporcionalidade*. A orientação não foi pacífica no interior do TC, como o demonstra a declaração de voto de Lúcia Amaral: "a invalidação da medida legislativa surge assim fundada em violação do artigo 2.º - sede do princípio da proporcionalidade - a partir de um 'subparâmetro' que o Tribunal nele encontrou, sem que se saibam ao certo quais os instrumentos hermenêuticos que foram utilizados para o autonomizar, qual o seu conteúdo rigoroso, e o que esperar por isso da sua futura evolução".

3. A visão integracionista da razoabilidade

A autonomização da razoabilidade nos termos propostos pela visão apresentada no número anterior não parece, todavia, nem aceitável do ponto de vista dogmático, nem útil do ponto de vista da coerência do sistema³⁴⁸⁵. A construção de um novo instituto, a par dos já existentes, requereria, desde logo, um critério sólido que permitisse traçar a fronteira entre o tipo de situações que estão apenas sujeitas ao princípio da proibição do excesso e aquelas em que também é possível convocar a ideia de razoabilidade³⁴⁸⁶.

Os temas lançados a propósito da razoabilidade não são estranhos nem insolúveis no quadro de outras figuras, designadamente no da própria proibição do excesso.

Não se nega que uma norma jurídica, na sua generalidade, possa projetar efeitos especialmente gravosos sobre categorias singulares ou pessoas concretas. Na medida em que isso possa ser antecipado através de uma conjectura abstrata, ou detetado a propósito da aplicação da norma a um caso concreto, a circunstância de a norma atingir com maior contundência bens, interesses ou valores titulados por sujeitos suficientemente individualizados, pode ter de ser objeto da atenção e de resposta do Direito³⁴⁸⁷.

A via dessa resposta pode variar. Aquela que parece mais imediata é a que decorre da aplicação do princípio da igualdade, nas suas várias vertentes. Mas mesmo que esse princípio não forneça o quadro propício para certas situações (não totalmente imagináveis, diga-se), não é necessário recorrer a nenhum instrumento alternativo a outros que a jurisprudência e a doutrina foram definindo³⁴⁸⁸.

Pode haver situações em que a esfera jurídica individual dos sujeitos - ou aspetos dela - tenha de ser protegida de forma *absoluta* e *categórica*, sem dependência de

³⁴⁸⁵ Para algumas notas críticas v. **Hirschberg**, *Die Grundsatz...*, pp. 97 ss.; **Dechsling**, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot...*, pp. 9 ss.; **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 452.

³⁴⁸⁶ **Hirschberg**, *Die Grundsatz...*, p. 101. Esta dificuldade é acentuada quando, por exemplo, se admite que a proporcionalidade e a razoabilidade se aplicam quer às normas legislativas quer a decisões individuais e concretas: v. **Novais**, *As restrições...*, p. 768.

³⁴⁸⁷ Mas também, pode ficar sem essa resposta: v. a jurisprudência do TJUE referida por **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 176.

³⁴⁸⁸ Em conformidade, **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 452, salienta que o *BVerfG*, apesar de falar de razoabilidade, não afirmou nenhum princípio absoluto e autónomo de razoabilidade, tendo-se limitado a usar a expressão como forma abreviada de declarar a inconstitucionalidade por violação dos direitos respetivos e da proibição do excesso.

operações de contrapeso, como sustentam os defensores da autonomização da razoabilidade. Mas para isso existem outras categorias dogmáticas e utensílios jurídicos. Figuras como a garantia do conteúdo essencial do preceito constitucional³⁴⁸⁹, ou a proibição absoluta de certos meios, designadamente aqueles que ofendam aspetos intocáveis da pessoa, cumprem essa função, sem que se tenha de recorrer a outros institutos ou argumentos normativos, encapsulados na fórmula da razoabilidade ou em outra.

Salvaguardado esse núcleo essencial irreduzível e inacessível ao legislador, seja na sua projeção sobre a generalidade dos destinatários da norma, seja na projeção sobre destinatários especialmente atingidos devido às suas condições singulares, nada impede que se concentre o esforço de apreciação da legitimidade da norma na aplicação do princípio da proibição do excesso. Pelo contrário, uma apreciação que não ignore as circunstâncias em que essa decisão é tomada, o fim que visa e os efeitos - todos os efeitos, positivos e negativos, qualquer que seja a sua incidência - que produz ³⁴⁹⁰ é aquela que permite uma decisão mais equilibrada e não cega.

Aquilo que os defensores da autonomização consideram ser o traço próprio da razoabilidade, "o dever de harmonização do geral com o individual" (ÁVILA), através da avaliação do impacto *individualizado* do ato restritivo na esfera pessoal de destinatários, incorpora a metódica dos vários segmentos da proibição do excesso, nomeadamente a proporcionalidade e.s.e.³⁴⁹¹. Esta implica a ponderação dos efeitos negativos provocados em relação à generalidade dos destinatários afetados pela intensidade da interferência concreta, aferidos por parâmetros *objetivos*, mas

³⁴⁸⁹ **Schlink**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 453. Assinalando "afinidades" entre a garantia de razoabilidade (seja numa versão absoluta ou relativa) e garantia do conteúdo essencial, **Albrecht, Zumutbarkeit...**, p. 230; **Novais, As restrições...**, p. 769.

³⁴⁹⁰ **Hirschberg, Die Grundsatz...**, pp. 97 ss.; **Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot...**, p. 10.

³⁴⁹¹ O exemplo da importação de quatro pés de sofá, para um só sofá uma única vez, reiteradamente invocado por **Ávila, Teoria...**, 7ª ed., p. 145, *passim*, é um bom exemplo para mostrar como a proibição do excesso "absorve" as preocupações da razoabilidade como salvaguarda de posições individuais específicas. Uma norma jurídica determinava a supressão de certos benefícios fiscais a empresas que importassem produtos estrangeiros. Uma pequena empresa importou em certo momento quatro pés de sofá, para um só sofá, uma única vez, perdendo por isso o benefício fiscal de que gozava. Ora, esta norma viola o princípio da proibição do excesso, pelo menos no segmento da proporcionalidade e.s.e.: os efeitos jurídicos que projeta na esfera de alguns dos seus destinatários (como a empresa em causa) são manifestamente desproporcionados e.s.e. (e talvez desnecessários) em relação aos efeitos de satisfação dos fins de interesse geral visados, a proteção da indústria e da produção nacionais. Não tem de se recorrer a nenhuma figura adicional, sob a epígrafe de razoabilidade ou outra. O "dever de harmonização do geral com o individual" (**Ávila, ob. cit.**, p. 159) cumpre-se através da aplicação da proibição do excesso.

não exclui que possam ou devam ser ponderados os efeitos negativos projetados sobre indivíduos ou grupos especificamente delimitados, aferidos por parâmetros *subjetivos*. Isso pode até considerar-se imperativo quando estejam em causa interferências em direitos moldados de acordo com as próprias pré-compreensões dos seus titulares, como a liberdade de pensamento ou de conhecimento³⁴⁹².

Cabe ao decisor - legislador ou juiz constitucional - selecionar o ângulo de apreciação ou conjugar os dois, atribuindo-lhes igual relevo, ou reconhecendo supremacia a um deles. Se no caso concreto a intensidade da afetação de um bem, interesse ou valor, apreciado pelo ângulo *subjetivo* dos destinatários que suportam a interferência, incluindo eventualmente pessoas ou grupos especialmente atingidos, for intolerável, isso será normalmente determinante para o resultado da ponderação. Sob pena da invalidade da interferência, os bens, interesses ou valores em nome dos quais se procede à interferência terão, nesse caso, de apresentar importância e peso iguais ou, eventualmente, superiores, hipótese talvez difícil de atingir se os bens, interesses ou valores sacrificados o forem numa dimensão intolerável.

Deste ponto de vista, a preocupação de aferir "a *razoabilidade* da imposição, dever ou obrigação restritiva da liberdade na exclusiva perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afetado pela restrição"³⁴⁹³, que move os defensores da autonomia da razoabilidade nos termos vistos, pode ser refletida na estrutura da proibição do excesso. A razoabilidade individualizada não aporta à argumentação prática nada que a proibição do excesso ou outras figuras já suficientemente estabelecidas não cubram³⁴⁹⁴.

³⁴⁹² Cfr. **Borowski**, *Grundrechte...*, 2.^a ed., p. 190.

³⁴⁹³ **Novais**, *As restrições...*, p. 765.

³⁴⁹⁴ Acaba por o admitir **Ávila**, *Teoria...*, 7.^a ed., p. 160.

Vinte e sete

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E IGUALDADE³⁴⁹⁵

1. O princípio da igualdade em traços gerais (contrastes com o princípio da proibição do excesso)

O princípio da igualdade³⁴⁹⁶ e o princípio da proibição do excesso são ambos tributários de uma ideia de justa medida que pauta a materialização da constituição

³⁴⁹⁵ As linhas essenciais deste capítulo começaram por ser propostas em **Canas**, «Constituição *prima facie*...», *cit.* Evitaremos a citação sistemática desse trabalho.

³⁴⁹⁶ Sobre princípio da igualdade v., especialmente, **Miranda**, «Igualdade, princípio da...», *cit.*; *idem*, «Igualdade», in *DJAP*, V vol., pp. 100 ss.; *idem*, **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, 5.^a ed., *cit.*, pp. 265 ss. (com abundante bibliografia); **Neves**, **O instituto dos assentos...**, pp. 118 ss.; **Canotilho**, **Constituição dirigente...**, pp. 380 ss.; **Claro**, **Introdução ao estudo do princípio da igualdade...**, *cit.*; *idem*, «O princípio da igualdade», in *Nos Dez Anos da Constituição* (ob. coletiva), INCM, Lisboa, 1987, pp. 31 ss.; **Maria da Glória Garcia**, «Princípio da Igualdade, Fórmula vazia...», *cit.*; *idem*, **Estudos sobre o princípio da igualdade**, *cit.*; **Martim de Albuquerque**, **Da Igualdade...**, *cit.*; **Jorge P. Silva**, **Dever de legislar e protecção...**, pp. 66 ss.; **Maria Lúcia Amaral**, «O princípio da igualdade...», *cit.*; **Fernando Alves Correia**, **O plano urbanístico...**, *cit.*; **Dray**, **O Princípio da Igualdade...**, *cit.*; *idem*, «O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira», in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2 (2003), pp. 113 ss.; **Novais**, **Os princípios constitucionais...**, pp. 101 ss.; **Vera Raposo**, **O Poder de Eva...**, *cit.*; **Canotilho/Moreira**, **Constituição da República Portuguesa anotada**, vol. I, 4.^a ed., pp. 333 ss.; **Miranda/Medeiros**, **Constituição Portuguesa anotada**, tomo I, 2.^a ed., *cit.*, pp. 213-41; **Ravi Pereira**, «Igualdade e proporcionalidade...», *cit.*; **Pedro Machete / Teresa Violante**, «O princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade...», *cit.*; **Nogueira de Brito/Coutinho**, «A 'Igualdade Proporcional'...», *cit.*; **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», *cit.* Na doutrina estrangeira, com particular realce da continental europeia, continua essencial a dissertação de **Leibholz**, **Die gleichheit vor dem gesetz...**, *cit.* V., também, **Heinrich Triepel**, **Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien**, De Gruyter, Berlin-Leipzig, 1924; **Kaufmann**, «Die Gleichheit vor dem Gesetz...», *cit.*; **Tussman / tenBroeck**, «The Equal Protection of the Laws», *cit.*; **H. P. Ipsen** «Gleichheit», *cit.*; **Paladin**, **Il principio costituzionale d'egualianza**, *cit.*; **Rossano**, **L'eguaglianza giuridica...**, *cit.*; **Arye L. Miller**, «Equality as an Integral Part of Social Justice», *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXXII, (1968), pp. 482 ss.; **Podlech**, **Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes**, *cit.*; **Kloepfer**, **Gleichheit als Verfassungsfrage**, *cit.*; **Robbers**, **Gerechtigkeit als Rechtsprinzip...**, *cit.*; *idem*, «Der Gleichheitssatz», *cit.*; **Gérard**, **Droit, égalité et idéologie...**, *cit.*; **Christoph Link**, **Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat: Symposium zum 80. Geburtstag von Bundesverfassungsrichter i. R. Professor Dr. phil. Dr. iur. Dr. h. c. Gerhard Leibholz am 21. November 1981**, Nomos, Baden-Baden,

prima facie, encontrando-se frequentemente nas respetivas trajetórias de aplicação. Pode falar-se de uma base comum de racionalidade³⁴⁹⁷. Por isso, há autores que veem o princípio da proibição do excesso como decorrência do princípio da igualdade³⁴⁹⁸, outros que não distinguem claramente os dois princípios, outros

1982; **Westen**, «The empty idea of equality», *cit.*; **Donald P. Kommers**, «Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland» in Christoph Link (ed.) *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Nomos, Baden-Baden, 1982, pp. 31 ss.; **Kriele**, «Freiheit und Gleichheit», *cit.*; **Konrad Hesse**, «Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung», in *AöR*, 109 (1984), pp. 174 ss.; *idem*, «Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung...», *cit.*; **Jouanjan**, *Le principe d'égalité devant la loi...*, *cit.*; **Kirchhof**, «Gleichmaß und Übermaß», *cit.*; *idem*, «Allgemeiner Gleichheitssatz», *cit.*; **Michael Sachs**, *Grenzen des Diskriminierungsverbots*, Vahlen, München, 1987; **Martin/ Mahoney**, *Equality and Judicial Neutrality*, *cit.*; **Herbert Gottweis/Wolfgang C. Müller**, *Gleichheit durch Gesetz?*, Siegen, 1988; **Christof Gusy**, «Der Gleichheitssatz», in *NJW* (1988), pp. 2505 ss.; **Klaus Berchtold**, «Der Gleichheitssatz in der Krise», in Manfred Nowak e outros (ed.), *Fortschritt im Bewusstsein der Grund und Menschenrechte. Festschrift für Felix Ermacora*, Engel, Kehl am Rhein, 1988, pp. 327 ss.; **Thomas Württemberg**, «Equality», in Ulrich Karpen (ed.), *The Constitution of the Federal Republic of Germany. Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law with a Translation of the Basic Law*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pp. 67 ss.; **Rudolf Wendt**, «Der Gleichheitssatz», in *NVwZ* (1988), pp. 778 ss.; **Reinhold Zippelius / Georg Müller**, «Der Gleichheitssatz. Berichte u. Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Dt. Staatsrechtslehrer in Tübingen vom 5. bis 8. Okt. 1988», in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 47 (1989), pp. 7 ss.; **Friedrich Schoch**, «Der Gleichheitssatz», in *DVB1* (1988), pp. 863 ss.; **Barbara Bottger**, *Das Recht auf Gleichheit und Differenz. Elisabeth Selbert und der Kampf der Frauen um Art. 3.2 Grundgesetz*, Westfälisches Dampfboot, Münster, 1990; **Huster**, *Rechte und Ziele...*, *cit.*; **Christian Koenig**, «Die gesetzgeberische Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz - Eine Darstellung des Prüfungsaufbaus zur Rechtsetzungsgleichheit», in *JuS*, vol. 35 (1995), pp. 313 ss.; **Pellissier**, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, Paris, 1996; **Sacksofsky**, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung...*, *cit.*; **Dashwood / O'Leary**, *The principle of equal treatment in EC law...*, *cit.*; **Michael**, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *cit.*; *idem*, «Los derechos de igualdad...», *cit.*; **Brun-Otto Bryde / Ralf Kleindiek**, «Der allgemeine Gleichheitssatz», in *Jura* (1999), pp. 36 ss.; **Juliane Kokott**, «Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in Badura / Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2: *Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 127 ss.; **Borowski**, *La estructura...*, pp. 186 ss.; **Heinze**, *The Logic of Equality...*, *cit.*; **Alexy**, *A Theory ...*, pp. 260 ss.; **Ferrajoli**, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *cit.*; **Gavara de Cara**, *Contenido y Función del Término de Comparación...*, *cit.*; **Mancebo**, «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)», *cit.*; **Mello**, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, *cit.*; **Magdalena Pöschl**, «Probleme des Gleichheitssatz aus österreichischer Sicht», in Merten/Papier, *Grundfragen der Grundrechtsdogmatik*, C. F. Müller, Heidelberg, 2007, pp. 101 ss.; **Piero / Schlink**, *Direitos Fundamentais...*, *cit.*; **Sadurski**, *Equality and Legitimacy*, *cit.*; **Beatty**, *The Ultimate Rule of Law*, pp. 76 ss.; **Yoshino**, «The new equal protection».

³⁴⁹⁷ Na Itália, esta base comum de racionalidade é bem expressa pelo facto de a igualdade e a proporcionalidade serem comumente colocadas sob a égide aglutinadora do princípio da *ragionevolezza*: v., por exemplo, **Cariglia**, «L'operatività del principio di ragionevolezza...», p. 174; **Gregorio**, «L'identità strutturale tra il principio di ragionevolezza e il Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», pp. 239 ss. Mais bibliografia, *supra*, capítulo 1, 2.2.2.2.

³⁴⁹⁸ Cfr. **Wittig**, «Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes...», p. 821; **Wieacker**, «Geschichtliche Wurzeln...», p. 877; **Kellner**, «Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», p. 110. Recusando a possibilidade de deduzir ou derivar a proibição do excesso ou proporcionalidade da ideia de igualdade, **Lerche**, *Übermass*, pp. 29 ss., 40 ss.; **Grabitz**, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...», p. 585; **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, p. 122; **Robbers**, «Der Gleichheitssatz», p. 752.

ainda que incorporam na estrutura do princípio da igualdade elementos estruturais do princípio da proibição do excesso. Mas, materialmente, correm por linhas que divergem frequentemente. Apesar das dificuldades muitas vezes sublinhadas, a linha divisória fica traçada se olharmos para os respetivos conteúdo material e intencionalidade, pressupostos, estrutura e metódica de aplicação. Embora em rigor não seja um campo donde resultem diferenças marcadas, o próprio tema do controlo pode ajudar a vincar os traços distintivos³⁴⁹⁹.

1.1. Conteúdo material

O princípio da igualdade é uma norma (ou um feixe de normas) de repartição de direitos e de deveres.

Na relação com as normas legislativas, identificam-se três vertentes do princípio geral da igualdade: a igualdade *perante* as normas, a igualdade *nas* normas e a igualdade *através* das normas³⁵⁰⁰.

A igualdade perante as normas reporta-se em última análise à respetiva aplicação. Os seus destinatários são o juiz e as autoridades administrativas. Essa vertente não será focada nesta investigação.

Em contrapartida, os postulados da igualdade *nas* normas e *através* das normas jurídicas interpelam em primeira instância o emissor de normas legislativas, funcionando como parâmetro de controlo da constitucionalidade. De acordo com o primeiro - igualdade nas normas -, o legislador deve tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual. De acordo com o segundo - igualdade através das normas -, o legislador deve tratar desigualmente o que é faticamente desigual de

³⁴⁹⁹ V. o desenvolvido debate sobre a relação entre os dois princípios, entre muitos, em **Hirschberg**, *Der Grundsatz...*, pp. 111 ss. (relação entre proporcionalidade e.s.e. e igualdade); **Herdeggen**, «The Relation between the Principles of Equality and Proportionality», *cit.*; **Kirchhof**, «Allgemeiner...», *cit.*; **Huster**, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit...», *cit.*; **Brüning**, «Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit», *cit.*; **Albers**, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit», *cit.*; **Michael**, «Los derechos de igualdad», *cit.*; **Lerche**, *Übermass*, pp. 51 ss.; **Pöschl**, «Probleme des Gleichheitssatz ...», *cit.*

³⁵⁰⁰ V., por exemplo, **Pellissier**, *Le principe d'égalité...*, pp. 24 ss.;

modo a corrigir as desigualdades de facto, gerando igualdade fática e não apenas jurídica. Pode discutir-se se são logicamente indissociáveis³⁵⁰¹.

Atenta a marcada matriz social da Constituição portuguesa, apesar de o artigo 13.º, n.º 1, utilizar a expressão "iguais perante a lei", não deve fazer-se uma interpretação restritiva, vendo ali apenas a vertente da igualdade *perante as normas da lei*. O princípio geral da igualdade, ali consagrado, desdobra-se em igualdade *perante, na e através* de qualquer norma jurídica, especialmente legislativa.

O princípio geral da igualdade costuma ser sintetizado através da fórmula clássica "dever de tratar o igual de forma igual e o desigual de forma desigual"³⁵⁰². A reversibilidade dos modos deônticos obrigação/proibição permite dizer, com o mesmo alcance, "proibir o tratamento desigual do que é igual e o tratamento igual do que é desigual". Esta fórmula clássica é muitas vezes considerada insuficiente para cobrir todas as vertentes que se referiram³⁵⁰³. Por essa e outras razões de apuro dogmático são propostos ajustamentos. A consciência de que nada é integralmente igual, ou diferente, encoraja fórmulas aperfeiçoadas ou enriquecidas pela consideração da *substancialidade* da igualdade ou da desigualdade. Por exemplo: "proibir o tratamento substancialmente desigual do que é substancialmente igual e o tratamento substancialmente igual do que é substancialmente desigual"³⁵⁰⁴. Ou então, a formulações daqueles que, como CERRI,

³⁵⁰¹ *Idem*, p. 30.

³⁵⁰² **Aristóteles**, *Política*, trad. de António Campelo Amaral e Carlos Carvalho Gomes, Vega, Lisboa, 1998, livro III, pp. 217, 231.

³⁵⁰³ Particularmente a vertente da igualdade através da lei, na fórmula adotada no texto. Devido à sua ambiguidade e abertura, a máxima clássica tanto pode ser exclusivamente colocada ao serviço da igualdade jurídica, como pode ser adaptada a um objetivo de atingimento da igualdade fática. No primeiro caso, trata-se de forma juridicamente igual o que é juridicamente igual e de forma juridicamente desigual o que é juridicamente desigual, de modo a que o resultado possa ser considerado consentâneo com a igualdade *jurídica*. No segundo caso, trata-se de forma juridicamente igual o que é jurídica e faticamente igual e de forma juridicamente desigual o que é juridicamente e/ou faticamente desigual, de modo a que, quando se parta de uma desigualdade de facto, se possa atingir um resultado de igualdade *de facto*. Isto é, o tratamento juridicamente desigual pode visar um resultado de *igualdade fática*. Como nota **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, p. 73, nisto consiste o paradoxo da igualdade, já que se requer uma desigualdade de *iure* para atingir a igualdade fática. Sobre se naquela máxima está apenas coberta a igualdade jurídica ou também a fática, entre muitos, **Alexy**, *A Theory...*, pp. 276 ss.; **Borowski**, *La estructura...*, pp. 188 ss. (elaborando sobre disposição equivalente da Lei Fundamental alemã, o artigo 3.º, n.º 1).

³⁵⁰⁴ Jurisprudência do *BVerfG*, cit. por **Huster**, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit...», p. 541. Estas fórmulas clássicas podem ser sujeitas a maior precisão, mas também, a versões mais reducionistas. No primeiro sentido, **Miranda**, «Igualdade...», p. 406; **Pulido**, «El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana», p. 1, acedido em http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf; **Raposo**,

aludem a situações *análogas* evitando falar de situações iguais³⁵⁰⁵. Porém, *mutatis mutandis*, continuaremos a usar essa máxima para enunciar o conteúdo do princípio geral da igualdade.

Questão debatida é se o sentido normativo daquelas vertentes têm caráter *prima facie* ou definitivo. Quando o seu destinatário é o legislador, o caráter *prima facie* implica que este esteja sujeito à proibição de tratamentos diferenciados, bem como de tratar igualmente situações diferentes, salvo *se houver uma justificação constitucionalmente válida*. O caráter definitivo implica a impossibilidade de justificação válida para a diferenciação ou indiferenciação. A conceção de que partimos é a de que, no essencial, os segmentos normativos e as posições jurídicas subjetivas que emergem do princípio geral da igualdade, nas vertentes igualdade na lei e igualdade através da lei, têm caráter *prima facie*³⁵⁰⁶.

Do princípio geral da igualdade derivam as manifestações específicas do princípio, designadamente os chamados *direitos especiais de igualdade*³⁵⁰⁷. Em constituições *simpatizantes* da igualdade, esta é materializada de um modo crescentemente

O Poder..., p. 243. No segundo sentido, **Podlech, *Gehalt und Funktionen...***, pp. 57 ss., propondo a redução da fórmula da igualdade apenas ao primeiro segmento, do tratamento igual de situações iguais; v. a discussão dessa tese em **Hirschberg, *Der Grundsatz...***, pp. 115 ss.

³⁵⁰⁵ "Tratamento igual para situações *análogas* e diverso para situações diversas" (itálico aditado): **Augusto Cerri, *L'egualianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive***, Giuffrè, Milão, 1976, p. 44 (*apud Claro, Introdução ao estudo...*, p. 32)

³⁵⁰⁶ Esta posição geral, que é discutível (e discutida), não obsta a que haja núcleos do princípio da igualdade cobertos por segmentos normativos absolutos ou categóricos, isto é protegidos de forma definitiva, sejam eles decorrências diretas do princípio geral da igualdade ou de manifestações específicas. Cfr. sobre isto **Maria da Glória Garcia, *Estudos...***, p. 61, nota; **Lúcia Amaral, «O princípio...»**, p. 54 (admitindo que haja algumas características pessoais que *valham sempre* como proibições absolutas de discriminação); **Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...***, p. 74 (admitindo o caráter *prima facie*, mas frisando que o princípio se aproxima muito de "uma imperativo definitivo e, portanto, da natureza própria das regras jurídicas"); **Nogueira de Brito, «Medida e Intensidade...»**, p. 131 (falando de proibição tendencialmente absoluta de discriminação); **Michael, «Los derechos de igualdad ...»**, p. 147; **Pellissier, *Le principe d'égalité...***, pp. 26 ss. Em sentido inverso ao do texto, no contexto alemão, **Pieroth/Schlink, *Direitos Fundamentais...***, p. 132.

³⁵⁰⁷ O tema do conteúdo material do princípio da igualdade suscita complexos desenvolvimentos em que se entrecruzam contributos de natureza lógica, filosófica, sociológica, política e outras, além da jurídica. Aqui não podemos ir além de uma menção genérica: na doutrina nacional v. a síntese oferecida por **Claro, Introdução ao estudo...**, pp. 27 ss.

denso^{3508/3509}. No caso português³⁵¹⁰, o legislador constituinte, ciente da suspeita de que o princípio da igualdade é uma fórmula desprovida de conteúdo, um artifício formal neutro onde cabe qualquer vontade do legislador ordinário³⁵¹¹, consagrou profusas especificações do princípio geral da igualdade: (i) *proibições especiais de discriminação*, como a proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (artigo 36.º, n.º 4), a proibição de a lei ou as repartições oficiais usarem designações discriminatórias relativas à filiação, a proibição de discriminação (prejuízo) em virtude do exercício de direitos políticos ou do desempenho de cargos públicos; (ii) *proibições de diferenciação* (positiva ou negativa) em função das qualidades, situações ou circunstâncias especialmente elencadas no artigo 13.º, n.º 2 (ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual); (iii) como decorrência específica da obrigação geral de tratamento desigual de situações desiguais, *obrigações específicas de discriminação positiva*, como a do artigo 109.º (discriminação positiva do sexo menos representado no acesso e exercício de cargos políticos); (iv) *obrigações específicas de diferenciação*, como as que decorrem do artigo 104.º, referente aos vários impostos; (v) *autorizações específicas de discriminação positiva* (de proteção especial), como as dos artigos 59.º, n.º 2, c), 69.º e 70.º. Destes preceitos especificamente concretizadores do princípio geral de igualdade³⁵¹² pode

³⁵⁰⁸ Para alguns demasiado ambicioso: cfr. **Jorge P. Silva**, *Dever de legislar e protecção...*, p. 73. O processo de complexificação e enriquecimento sucessivo do âmbito de protecção do princípio da igualdade é desenvolvido, por exemplo, por **Maria da Glória Garcia**, *Estudos...*, pp. 7 ss.

³⁵⁰⁹ A densidade é acompanhada, porém, pela acentuação do carácter *prima facie* de muitas das expressões normativas do princípio da igualdade. Isso reflete-se, por exemplo, na transformação dos fins *internos da igualdade* - isto é, a procura ativa do estabelecimento de condições de igualdade jurídica e real ou fática - em pontos móveis do firmamento constitucional, desprovidos de carácter absoluto e não podendo ser entendidos como verdadeiras *obrigações* de discriminação positiva insuscetíveis de adaptabilidade às alternâncias de programa político ou às evoluções do sentimento social. A igualdade como *objetivo* a ser prosseguido ativamente através de medidas legislativas especificamente dedicadas assume uma configuração aberta ao *pluralismo* programático. Reportando-se a esta "abertura" do princípio da igualdade em termos não totalmente coincidentes, **Garcia**, *Estudos...*, pp. 64 ss.

³⁵¹⁰ Cfr. o caso alemão, que teve manifesta influência na Constituição portuguesa. Por todos, **Pieroth/Schlink**, *Direitos Fundamentais...*, p. 132.

³⁵¹¹ V., por exemplo, **Westen**, «The empty idea...», p. 537; *idem*, *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton N.J., 1990. Rebatendo a ideia, **Maria da Glória Garcia**, *Estudos...*, pp. 42 ss.

³⁵¹² O elenco não é exaustivo. V., por exemplo, **Miranda**, «Igualdade...», pp. 403-404 (reportando-se ao texto constitucional tal como estava em 1985).

entender-se que decorrem outras proibições/obrigações específicas. Por exemplo, do artigo 13.º, n.º 2³⁵¹³, em conjugação com outros preceitos consagradores de proibições específicas de discriminação, pode extrair-se a (vi) *proibição de discriminação* com fundamento em traços distintivos não enunciados no artigo 13.º, n.º 2, de que as pessoas não possam libertar-se de todo, ou de que não possam libertar-se a não ser através de abandono, adulteração ou modificação da sua identidade pessoal.

Um tema menos estudado é o da interseção entre os direitos de liberdade e o princípio da igualdade. A estrutura dos direitos de liberdade incorpora uma componente de igualdade³⁵¹⁴. O direito à manifestação implica, por exemplo, o direito de toda e qualquer pessoa a manifestar-se *em termos igualitários*, a que o Estado, se tiver de restringir esse direito, o faça em termos *igualitários* e que garanta o seu exercício em *termos igualitários*. O direito à segurança, é o direito à segurança em termos igualitários, isto é, o direito a que o Estado crie condições de segurança *iguais* para todos. Mais do que uma tensão permanente entre liberdade e igualdade, há uma interseção entre liberdade e igualdade que se reflete no conteúdo e na estrutura do princípio da igualdade e no conteúdo e na estrutura dos próprios direitos de liberdade (e, em rigor, também de outros direitos fundamentais).

1.2. Pressupostos de aplicação

Na enunciação dos pressupostos de aplicação (bem como no estudo da estrutura e das metódicas de aplicação e de controlo, que se seguirão) reportar-nos-emos, no essencial, ao primeiro segmento do princípio geral da igualdade: "dever de tratamento igual de situações iguais (ou análogas)". Parte significativa do que se disser sobre este segmento vale simetricamente para o segmento do "dever de tratamento diferente de situações diferentes", cuja violação pode estar em causa quando o legislador ignora ou não considera uma desigualdade existente à

³⁵¹³ Sustentando que os fatores do artigo 13.º, n.º 2, são meramente exemplificativos, **Miranda**, «Igualdade...», p. 406.

³⁵¹⁴ O artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem reflete isso mesmo com particular clareza, mas a primeira parte do n.º 2 do artigo 13.º da CRP também pode ser invocada.

partida³⁵¹⁵. Focaremos, pois, a situação em que a lei diferencia ou pressupõe a diferenciação de categorias, classes ou situações, não obstante a existência de similitudes *parciais* relevantes entre elas, de acordo com alguns critérios³⁵¹⁶.

O pressuposto relevante para efeitos de distinção é a existência ou não de uma colisão ou conflito de bens, interesses ou valores como pressuposto de aplicabilidade.

A aplicação do princípio da proibição do excesso na produção ou controlo de uma norma legislativa pressupõe *sempre* uma colisão ou conflito de bens, interesses ou valores que antecede a norma e é *sempre* a *razão justificativa* da interferência legislativa: a resolução daquela colisão (com harmonização ou composição dos bens, interesses ou valores colidentes) constitui *sempre* o fim mediato da norma legislativa. A distinção entre *razão justificativa* da interferência legislativa e *fim* da interferência legislativa (ou fim da norma legislativa interferente) é analiticamente relevante, mas não tem consequências ao nível da estrutura do princípio da proibição do excesso, uma vez que a razão justificativa da interferência (a verificação de uma colisão) tem sempre um nexo incindível com o fim da interferência (a satisfação de um bem, interesses ou valor e a resolução da colisão). Em contrapartida, a aplicação do princípio da igualdade não pressupõe a existência de um conflito ou colisão de bens, interesses ou valores³⁵¹⁷. Pressuposto exclusivo da aplicação do princípio da igualdade é uma *diferenciação* que se pretende estabelecer ou foi estabelecida³⁵¹⁸. De forma deliberada e consciente, ou

³⁵¹⁵ A simetria entre as duas vertentes do princípio geral da igualdade é muitas vezes dada por adquirida. Sublinhando as discrepâncias entre as duas vertentes, **Borowski, *La estructura...***, p. 193, traça a diferenciação entre princípio geral da igualdade *stricto sensu*, integrando apenas a vertente do tratamento igual e princípio geral da igualdade *lato sensu*, integrando essa vertente e a do "tratamento diferente de situações diferentes" (bem como outras razões justificativas da restrição do comando do tratamento igual). Não cabe aqui aprofundar o tema das diferenças.

³⁵¹⁶ E não obstante a existência de dissimilitudes *parciais* dentro da categoria, classe ou situação diferenciada, uma vez que por norma nunca há similitude total. Trata-se de um lugar comum, salientado, por todos, os autores. V., por exemplo, **Pieroth/Schlink, *Direitos Fundamentais...***, p. 133; desenvolvendo o ponto, **Maria da Glória Garcia, *Estudos...***, pp. 45 ss.

³⁵¹⁷ Alguns autores partem daqui para falar de uma relação bilateral (Estado/titulares de direitos subjetivos) como típica da proporcionalidade e de uma relação trilateral ou multilateral (Estado/cada um dos dois ou mais grupos diferenciados) como típica da igualdade: cfr., entre os mais recentes, **Brüning, «Gleichheitsrechtliche...»**, p. 670.

³⁵¹⁸ **Pellissier, *Le principe d'égalité...***, p. 31.

involuntariamente, como mero efeito colateral e não especificamente desejado³⁵¹⁹, a norma deverá delimitar um âmbito subjetivo ou objetivo que implique um tratamento diferenciado de grupos de pessoas ou situações. Por exemplo, no primeiro caso, dentro de um universo subjetivo caracterizado por similitudes parciais (*género próximo*: por exemplo, os trabalhadores por conta de outrem), a norma circunscreve um grupo caracterizado por uma *differentia specifica* em relação aos demais (os trabalhadores remunerados por verbas públicas), aplicando-lhes um tratamento qualificável como diferenciado à luz de um critério comparativo (*tertium comparationis*: sujeição ou não a reduções salariais). A verificação deste pressuposto está incindivelmente ligada a um aspeto estrutural fundamental do princípio da igualdade: a *comparação* entre grupos ou situações³⁵²⁰. Em contraste, a aplicação do princípio da proibição do excesso não pressupõe uma diferenciação normativa entre grupos de pessoas ou situações³⁵²¹.

Crucial na dogmática do princípio da igualdade, diferentemente do que sucede com o princípio da proibição do excesso, é a distinção entre *razão justificativa* da diferenciação e *fim* da norma que contém a diferenciação. Para o tratamento diferenciado, ou diferenciação, terá de ser identificada (mesmo nos casos em que diferenciação seja um mero efeito colateral, não diretamente desejado) *uma razão justificativa*, que variará de norma diferenciadora para norma diferenciadora, *não é sempre a mesma*. Entre razão justificativa da diferenciação e fim da norma legislativa que contém a diferenciação, o nexo pode ser ou não tão direto quanto o que se verifica entre a razão da interferência e o fim da interferência no caso da aplicação do princípio da proibição do excesso. Isso depende de se saber se o fim da norma que diferencia é um *fim interno* ou um *fim externo* ao princípio da igualdade³⁵²².

³⁵¹⁹ É consensual que as diferenciações podem ser consciente e deliberadamente desejadas pelo legislador ou resultar apenas indiretamente da interpretação sistemática das normas da lei ou até um efeito colateral não pretendido: assim, **Robbers**, «Der Gleichheitssatz», p. 752; **Albers**, «Gleichheit ...», p. 948.

³⁵²⁰ **Borowski**, *La estructura...*, p. 117.

³⁵²¹ **Kirchhof**, «Gleichmass.», p. 143; **Pirker**, *Proportionality...*, p. 106.

³⁵²² A distinção entre fins internos e externos começou por ser proposta por **Huster**, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit...», pp. 543 ss. (também, **Rechte und Ziele**, pp. 163 ss.), em termos não totalmente coincidentes designadamente no que toca às consequências dogmáticas; aderindo também a esta distinção, **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», p. 114, *passim*. Esta distinção não tem nenhuma relação com a que separa *igualdade externa* e *igualdade interna*: cfr. acórdão n.º 413/14 do Tribunal Constitucional: a primeira referir-se-ia aos sujeitos não afetados, a segunda aos sujeitos afetados pela opção legislativa (n.ºs 47 e 97). Esta distinção parece, todavia, criticável.

Se a medida legislativa visar um fim de justiça ou de (r)estabelecimento da igualdade jurídica ou material, isto é, um fim vinculado ou instrumental à própria teleologia do princípio da igualdade numa das suas precipitações, trata-se de um fim *interno*³⁵²³. Isso sucede, por exemplo, quando o legislador visa corresponder a uma obrigação de prossecução de certo fim de igualdade (exemplo: a igualdade entre homens e mulheres no acesso a cargos públicos, artigo 109.^o). Aí, a *razão justificativa* da diferenciação é a existência de uma desigualdade de base e o *fim* a superação dessa desigualdade de base. O nexó entre razão justificativa e fim da intervenção legislativa que introduz a diferenciação é um nexó similar ao que existe entre razão justificativa e fim das interferências legislativas em bens, interesses e valores que interessam ao princípio da proibição do excesso.

Neste segundo caso há uma colisão (razão justificativa) que se pretende superar satisfazendo um bem, interesse ou valor (fim). No primeiro caso há uma desigualdade (razão justificativa) que se pretende superar diferenciando favoravelmente um grupo (fim).

Essa similitude nem sempre se verifica. Quando a norma que introduz a diferenciação visa um *fim externo* ao princípio da igualdade, isto é, um fim de natureza política, económica, social, financeira, ideológica, cultural ou outra, a ligação entre a razão justificativa da diferenciação e o fim da norma pode ser mais ou menos remota.

Veja-se a situação em que o legislador estabelece normas que "cortam" o valor das pensões pagas pela Caixa Geral de Aposentações (CGA), sem tocar nas pensões pagas pelo regime geral. Os fins da norma podem ser vários, mas suponha-se que o fim nominal ou real das normas é o *fim externo* de consolidação ou redução do défice orçamental, através da redução das transferências financeiras do Orçamento de Estado para a CGA. A razão justificativa da diferenciação entre as pensões (e os pensionistas) pagas pelos dois sistemas públicos de proteção social não é certamente a consolidação orçamental (que, porventura, se atingiria mais facilmente se não houvesse diferenciação, isto é, se o "corte" atingisse todos os pensionistas). Podem conceber-se várias razões alternativas justificativas da diferenciação (ao invés do que sucede com a razão justificativa das interferências

³⁵²³ Esta é uma das razões por que se pode dizer que a igualdade é um objetivo em si mesmo: **Robbers**, «Der Gleichheitssatz», p. 752.

legislativas que suscitam a aplicação do princípio da proibição do excesso, que é *sempre a mesma*, a existência de uma colisão ou conflito): a ideia de que os pensionistas da CGA têm pensões mais generosas, ou de que os trabalhadores públicos são mais responsáveis pelo desequilíbrio das contas públicas do que os trabalhadores privados, ou de que os pensionistas da CGA são menos (ou mais) reivindicativos, ou de que o sistema da CGA está em piores condições de sustentabilidade do que o sistema geral ou até a pura posição ideológica de que o setor público deve ser mais sacrificado do que o privado e muitas outras, mais ou menos discutíveis, mais ou menos relacionáveis com o fim da norma.

Esta variabilidade das relações possíveis entre razões justificativas da diferenciação e fins da norma reflete-se numa estrutura argumentativa significativamente mais complexa do princípio da igualdade. As mais relevantes consequências dizem respeito à (in)adaptabilidade dos segmentos da proibição do excesso à estrutura do princípio da igualdade, que estudaremos no número seguinte. Por ora, salienta-se apenas a repercussão ao nível da questão da *legitimidade do fim* prosseguido pela norma legislativa.

A questão da legitimidade do fim (e sua apreciação) é exterior ao princípio da proibição do excesso. A ilegitimidade do fim gera a inconstitucionalidade da norma, não por violação do princípio da proibição do excesso, mas por violação da norma constitucional que proíbe o fim prosseguido.

Em contrapartida, isso nem sempre é assim no caso do princípio da igualdade. O conteúdo normativo da igualdade desdobra-se em proibições, obrigações e permissões. Em alguns casos o legislador está obrigado à específica prossecução de certo fim de igualdade (exemplo, a igualdade entre homens e mulheres no acesso a cargos públicos), ou especificamente proibido de prosseguir fins de desigualdade (exemplo, diferenciar filhos nascidos no casamento e filhos nascidos fora do casamento), ou sujeito a uma proibição geral de prossecução de fins de discriminação negativa especificamente direcionados³⁵²⁴. Nesses casos, a legitimidade do fim não é um fator externo ao princípio da igualdade, mas um fator *interno*, isto é, um *elemento estrutural*. Saber se o fim é ilegítimo ou legítimo é um

³⁵²⁴ V. **Tussman / tenBroek**, «The Equal Protection...», p. 357: isto é, normas cujos fins são direta e inequívoca expressão do antagonismo ou da hostilidade contra certos grupos de pessoas, não tendo outro fim do que exprimir esse antagonismo ou hostilidade.

tema do princípio da igualdade, com consequências ao nível da violação ou não deste princípio.

A situação é diferente quando a norma legislativa visa prosseguir fins *externos*. Nesse caso, a legitimidade do fim é um *pressuposto* de aplicação do princípio da igualdade e não um elemento estrutural desse princípio. A ilegitimidade do fim, verificando-se, não constitui violação do princípio da igualdade mas da norma constitucional que proíbe aquele fim.

1.3. Estrutura

A alegação de laços entre igualdade e proibição do excesso não é de hoje³⁵²⁵, tal como não é de hoje a rejeição de relações de fundamentação, assimilação ou

³⁵²⁵ Procurando demonstrar o valor constitucional do princípio da proibição do excesso, algumas vozes doutrinárias começaram por o ancorar mais ou menos explicitamente no princípio da igualdade: v., por exemplo, **Krauss**, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit* ..., p. 29. As raízes da relação entre as ideias de igualdade e proporcionalidade recuam até à Antiguidade: v. **Aristóteles**, *Política*, trad. de António Campelo Amaral e Carlos Carvalho Gomes, Vega, Lisboa, 1998, livro V, p. 349 (referência a justiça e igualdade proporcional). Mais recentemente, no pensamento jurídico do século XIX a ligação entre os pensamentos da igualdade e da proporcionalidade foi feita pelo menos por **K. S. Zachariä**, *Vierzig Bucher vom Staate*, vol. 4, 2.^a ed., Winter, Heidelberg, 1840, p. 24 (*apud Michael*, «Los derechos de igualdad ...», p. 153) e por **Karl von Rotteck**, «Gleichheit», in Karl Welcker (org), *Das Staats-Lexikon*, 3.^a ed., 6.^a vol., p. 1862, p. 658 (*apud Robbers*, «Der Gleichheitssatz», p. 752). Por outro lado, são recorrentes na doutrina as expressões "igualdade proporcional" e outras equivalentes. **Leibholz** emprega aquela expressão pelo menos na segunda edição do seu *Die Gleichheit*..., p. 45 ("unter dem Gleichheitsbegriff nur eine verhältnismässige Gleichheit zu verstehen sei"). **Lerche**, *Übermass*., p. 29, em 1961 e **Robbers**, «Der Gleichheitssatz», p. 752, referenciaram decisões do *BVerfG* e autores que o faziam. Na doutrina portuguesa não era desconhecida. Por exemplo, **Manuel de Andrade** invocou-a na sua oração de sapiência lida em 1953, publicada sob o título «Sentido e Valor da Jurisprudência», no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. xlviii (1972), pp. 255-294, ensinando que a ideia de justiça se reconduziria «a um princípio de *igualdade* no sentido de *proporcionalidade*» (p. 262) e referindo-se à "ideia de *igualdade-proporcionalidade*, como ingrediente essencial do conceito de justiça" (p. 278) (itálico no original). Também, **Rui de Alarcão**, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, lições policopiadas de 1972, p. 29: "O princípio da igualdade é um corolário da igual dignidade de todas as pessoas, sobre a qual gira, como em seu gonzo, o Estado de Direito democrático (cf. artigos 1º e 2º da Constituição). A igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado: a justiça, como princípio objectivo, «reconduz-se na sua essência, a uma ideia de igualdade, no sentido de proporcionalidade» (citação recolhida do acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional, porventura o primeiro em que a expressão é empregue). Mais recentemente, v. **Fernando Alves Coreia**, *O Plano Urbanístico*..., pp. 443 ss. (falando de igualdade proporcional e adequada); **Claro**, *Introdução ao estudo*..., pp. 54, 58; **Miranda**, «Igualdade...», p. 406; **Raposo**, *O Poder*..., pp. 254 ss. A expressão também não é desconhecida na literatura americana: v. **Nan D. Hunter**, «Proportional Equality: Readings of Romer», in *Kentucky Law Journal*, vol. 89 (2000-2001), pp. 885 ss.

incorporação, recíprocas³⁵²⁶. As diferenças dos pressupostos de aplicação repercutem-se na estrutura dogmática dos dois princípios, realçando as diferenças e as semelhanças. Embora essas designações genéricas corram o risco de excessiva simplificação, a literatura identifica *grosso modo* duas versões do princípio da igualdade do ponto de vista da sua estrutura³⁵²⁷. Mantê-las-emos como ponto de partida, sublinhando algumas *nuances* quando oportuno. Por facilidade, designá-las-emos de *fraca* e *forte*³⁵²⁸.

1.3.1. A versão *fraca*

Na versão *fraca*, o princípio da igualdade confunde-se ou reduz-se a uma instância da *proibição geral do arbítrio (Willkür-Formel)*³⁵²⁹. O princípio geral da igualdade traduz-se na proibição de tratar aquilo que é essencialmente igual de forma *arbitrariamente* desigual e aquilo que é essencialmente desigual de forma *arbitrariamente* igual³⁵³⁰. Pretende-se assegurar que (i) há uma razão para a diferenciação e (ii) que essa razão não é arbitrária, isto é, constitui uma motivação *objetiva* que justifica o *seu conteúdo*, tendo em conta o *contexto* que confere sentido à norma diferenciadora e o *fim* que esta prossegue³⁵³¹. Não basta que a

³⁵²⁶ Assim, **Lerche, Übermass.**, p. 30.

³⁵²⁷ O tratamento não é, todavia, unânime. Por exemplo, **Borowski, La estructura...**, pp. 198 ss., enuncia três versões ou "fórmulas": "fórmula da arbitrariedade", "nova fórmula" e "nova variante da nova fórmula".

³⁵²⁸ Terminologia adotada por **Alexy, Theory...**, p. 269. No entanto, a exposição subsequente afastar-se-á de alguns dos aspetos da construção do autor. Para ele, a versão *forte* do princípio da igualdade impõe a adoção da *solução mais justa e apropriada*. Nesse contexto, dois casos são sempre substancialmente o mesmo quando o seu tratamento similar satisfaz requisitos de justiça ou *appropriateness* em maior medida do que tratando-os de forma diferente. Nos termos da versão *fraca*, procura-se apenas manter os limites da liberdade de conformação legislativa (*legislative discretion*) estabelecidos pelo conceito de arbitrariedade. Isto é, o controlo da igualdade visa apenas garantir o exercício não arbitrário da discricionariedade legislativa e não ir mais longe, garantindo, positivamente, a medida mais justa e apropriada. Outra hipótese é a dicotomia proposta por **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», p. 123: modelo simples e modelo complexo.

³⁵²⁹ Inicialmente criticada por ameaçar uma considerável limitação do legislador: por todos, **Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft...**, p. 136.

³⁵³⁰ V., por exemplo, **Brüning**, «Gleichheitsrechtliche...», p. 669; **Albers**, «Gleichheit ...», p. 945; **Borowski, La estructura...**, p. 191.

³⁵³¹ Enfatizando que a avaliação da arbitrariedade não deve ser feita por ângulo subjetivo (tendo em conta a intenção subjetiva do legislador), mas sim objetivo, v., por exemplo, **Claro, Introdução ao estudo...**, pp. 55 ss.

diferenciação tenha algum fundo de racionalidade ou de plausibilidade, isto é, que sejam aduzíveis *razões para diferenciar*. Exigência tão modesta apenas excluiria diferenciações baseadas em critérios absurdos, ou improváveis, como as dos nascidos em Marte, das pessoas capazes de respirar debaixo de água, ou dos portugueses com mais de 150 anos. A racionalidade de uma classificação, considerada *per se*, não é suficiente para garantir a observância do princípio da igualdade. Mesmo na versão fraca do princípio, a diferenciação e as razões que a enformam têm de ter uma relação racional, razoável ou não arbitrária com o contexto que condicionou a decisão legislativa e com o fim que o legislador escolheu prosseguir³⁵³².

Para ajuizar sobre isso não é requerida nenhuma operação de ponderação bilateral ou de fundamentação ponderativa³⁵³³. Se o legislador, querendo prosseguir fins de consolidação orçamental, impõe um corte de pensões que atinge apenas os ex-trabalhadores do setor público com um metro e setenta de altura, é óbvio que o critério ou *differentia specifica* que preside à delimitação do universo subjetivo de aplicação - ter um metro e setenta ou não - não está fundado em nenhuma razão justificativa racionalmente sustentável ou relacionável com o contexto da norma ou com aqueles fins. Essa norma teria de ser considerada violadora do princípio da igualdade, independentemente de qualquer ponderação. Já se os atingidos pela diferenciação de tratamento forem ex-trabalhadores cuja *differentia specifica* em relação aos demais indivíduos abrangidos pelo *genus proximum* "ex-trabalhador" é a circunstância de as suas pensões serem pagas pela CGA, pode haver razões justificativas da diferenciação, objetivas, racionais ou não arbitrárias, mais ou menos remotamente relacionadas com o contexto e o fim da norma, que a salvem à luz do

³⁵³² O conceito jurídico de arbitrariedade é objeto de discussão, valendo a indicação do texto como mera base para o desenvolvimento subsequente e não como indicação definitiva. Sendo um conceito universal, tem suscitado ultimamente particular interesse da doutrina espanhola por a Constituição de 1978 conter, no artigo 9.º, n.º 3, uma referência à interdição da arbitrariedade dos poderes públicos. V. **Milagros Otero Parga**, «La arbitrariedad», in *Anuario de Filosofía Del Derecho*, vol XII (1995), pp. 387 ss.; **Tomas-Ramon Fernandez**, *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas Ediciones, Madrid, 1998; **Alejandro Nieto García**, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000; **Pulido**, *El principio...*, pp. 608 ss. Antes da Constituição espanhola, **Eduardo García de Enterría**, «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», in *Revista de administración pública*, vol. 30 (1959), pp. 131 ss.

³⁵³³ **Alexy**, *A Theory...*, p. 265: visto o princípio da igualdade desta forma, os pares comparativos, a comparação e a diferenciação não são o seu ponto focal.

princípio da igualdade na versão da proibição do arbítrio, mais uma vez sem necessidade de ponderação bilateral.

A estrutura do princípio da igualdade como proibição do arbítrio não foi vista por LEIBHOLZ e outros percursores na Europa, ou pela primeira jurisprudência constitucional produzida ao abrigo da Constituição portuguesa de 1976³⁵³⁴, como prototípica de uma relação causal meio-fim. Não obstante referências incidentais à desproporção ou inadequação, o juízo sobre a natureza arbitrária (ou não) da lei não visava apurar se a diferenciação por ela introduzida era adequada para *causar* os efeitos que o legislador pretendia atingir, mas sim se era adequada a parâmetros materiais e fáticos, segundo a consciência jurídica da época³⁵³⁵. Avaliava-se a sua racionalidade tendo em conta "a natureza das coisas" ou qualquer outra consideração material³⁵³⁶. Esta corrente doutrinal é secundada por aqueles que, como LERCHE ou ROBBERS, entendem que uma das diferenças primordiais entre princípio da proibição do excesso e princípio da igualdade reside justamente em que o primeiro envolve a apreciação de uma relação meio-fim, ao contrário do que sucede com o segundo³⁵³⁷.

³⁵³⁴ V. a declaração de voto de **Figueiredo Dias** no parecer n.º 2/81 da Comissão Constitucional, in Pareceres da Comissão Constitucional, 14.º vol., p. 150. Cfr. porém, ambigualmente, **Maria da Glória Garcia, Estudos...**, p. 57 (falando em insuficiência ou desrazoabilidade do critério comparativo *para atingir o fim*). Para uma listagem dos pareceres e acórdãos da Comissão Constitucional relacionados com o princípio da igualdade, **Claro, Introdução ao estudo...**, pp. 21 ss., 182 ss.

³⁵³⁵ A insistência de **Leibholz** (por exemplo, *Die gleichheit...*, p. 84) em vincular o conceito de proibição do arbítrio à consciência jurídica da época, como forma de salientar que aquele conceito não pode ser definido de maneira precisa, definitiva e intemporal, é realçada por **Mancebo**, «Igualdad...», p. 167.

³⁵³⁶ **Alexy, A Theory...**, p. 270, citando a jurisprudência do TC alemão; v. várias formulações em **Mancebo**, «Igualdad...», p. 170, bem como o debate crítico sobre elas ocorrido na Alemanha, normalmente centrado em torno da excessiva indeterminação e amplitude, propensa a fazer do princípio da igualdade uma espécie de Robin dos Bosques do Estado de Direito (**Geiger**), ou de facilitar uma arbitrária aplicação e controlo da proibição do arbítrio.

³⁵³⁷ **Übermass**, p. 30: a apreciação do cumprimento do princípio da igualdade incide sobre a "relação horizontal" entre diferenças e similitudes e outras questões factuais, as circunstâncias em que se ancora a medida legislativa. Diferentemente, o princípio da proibição do excesso descreve-se como uma ponderação entre fim (benefício) e meio (sacrifício); **Robbers**, «Der Gleichheitssatz», p. 752: o princípio da igualdade não se pode identificar com o princípio da proporcionalidade porque não se esgota numa relação meio-fim (*Zweck-Mittel-Relation*); no mesmo sentido, na doutrina portuguesa, **Fernando Alves Coreia, O Plano Urbanístico...**, p. 443 (embora acrescentando que "a ideia de proporcionalidade assume um significado especial para o princípio da igualdade, tanto no domínio da actividade legislativa, como da acção administrativa").

Nos EUA, cujo desenvolvimento doutrinal tem trilhado vias diferentes mas que por vezes se cruzam com as europeias³⁵³⁸, a questão não é totalmente clara. Aí a perspetiva usada no estudo das questões respeitantes ao princípio da igualdade é prevalentemente processual e não estrutural, pelo que a comparabilidade não é total³⁵³⁹. Por outro lado, os testes utilizados para apreciação do cumprimento da *equal protection clause* da 14.^a Emenda são também os utilizados para examinar as restrições ou limitações de direitos fundamentais, designadamente os da 1.^a Emenda (questões dogmáticas que, aliás, aparecem muitas vezes indistintas no *case law*).

A jurisprudência constitucional das últimas décadas fixou-se em três níveis de escrutínio: *rational basis*, *intermediate level of scrutiny* e *strict scrutiny*³⁵⁴⁰, com configurações de geometria algo variável (nuns casos incorporando dimensões assimiláveis às do princípio da proibição do excesso, noutros dimensões próprias do que na Europa se considera a metódica específica do controlo da igualdade). Na doutrina usa-se por vezes a expressão *means-ends tests*, mas a sua complexidade estrutural, a necessidade que têm de se adaptar a circunstâncias díspares (restrições de direitos e diferenciações ou classificações, em alguns casos tratadas indistintamente), provoca uma dificuldade endémica na dilucidação do tipo de relação *means-end* que lhes está subjacente. Em alguns casos aqueles testes têm uma componente de escrutínio de relações meio-fim de tipo *causal*, tipicamente quando são empregues na apreciação da constitucionalidade de restrições de direitos de liberdade com força constitucional. Mas quando se trata da apreciação da constitucionalidade de eventuais violações do princípio da igualdade, a questão é menos líquida.

Por exemplo, a propósito do *rational basis test* que, pelo seu teor de baixa intensidade (v. *infra*), pode ser visto como o contraparte processual da versão fraca do princípio da igualdade, diz-se que tem de haver "*a rational relationship between*

³⁵³⁸ Sobre isso, **Kommers**, «Der Gleichheitssatz...», p. 35; **Robbers**, «Der Gleichheitssatz», p. 751. É seguro que a experiência constitucional dos EUA influenciou a construção doutrinal de **Leibholz**, como ressalta de vários passos do *Die gleichheit...*, *cit.*

³⁵³⁹ **Tussman / tenBroek**, «The Equal Protection...», p. 365.

³⁵⁴⁰ Cfr. *supra*, capítulo 3 e bibliografia aí citada.

the disparity of treatment and some legitimate governmental purpose"³⁵⁴¹. Consequentemente, requer-se uma conexão entre a diferenciação e os fins, mas o exato alcance dessa conexão é incerto³⁵⁴². Parece, porém, que pelo menos nestes casos de escrutínio de baixa intensidade não se pode falar da apreciação de uma relação meio-fim, no sentido de relação causa-efeito entre diferenciação e fim³⁵⁴³. Por isso, não se excluem perentoriamente situações de *under-inclusiveness* e de *over-inclusiveness*, isto é, situações em que a medida diferencia um grupo com menos ou mais membros do que o adequado para atingir o fim, donde pode concluir-se que a relação racional entre meio e fim não tem de ser de *tipo causal*^{3544/3545}.

Em suma, a circunstância de se dizer comumente que os testes de escrutínio judicial da igualdade são testes que examinam a relação entre meios e fins (*means-end tests*) não é determinante. Os *means-ends tests* norte-americanos tanto incidem sobre relações meio-fim de tipo causal, como sobre relações de meio-fim de tipo não causal.

Como quer que seja, nas suas roupagens europeias o princípio da igualdade não aparece estruturado em torno de uma relação meio-fim, embora haja posições doutrinárias que põem essa observação em causa. Por exemplo, há quem sustente que a versão fraca da igualdade se reconduz a um *exame de proporcionalidade limitado à adequação ou idoneidade*³⁵⁴⁶. Esse ponto de vista só pode ser aceite se for possível concluir que, afinal, o princípio da igualdade tem por objeto uma relação meio-fim. E se tiver por objeto uma relação meio-fim, terá de se demonstrar que é

³⁵⁴¹ *Heller v. Doe* (1993), *apud* **Bishop**, «Rationality is dead!...» p. 4.

³⁵⁴² **Bishop**, «Rationality is dead!...» p. 4.

³⁵⁴³ V. o trabalho que se pode considerar um dos primeiros marcos da teorização do doutrinal da *equal protection*: **Tussman / tenBroek**, «The Equal Protection...». Alguns trechos elucidativos: "*a reasonable classification is one which includes all persons who are similiary situated with respect to the purpose of the law*" (*ob. cit.*, p. 346); "*it is impossible to pass judgment on the reasonableness of a classification without taking into consideration, or identifying the purpose of the law*" (*idem*, p. 347), "*the equal protection clause is a demand that [...] the classifications [the legislator] creates be reasonably related to the purpose of the law*" (*idem*, p. 365). Em nenhum caso se fala de uma relação causa efeito entre a criação de categorias ou de classificações e a fim da lei.

³⁵⁴⁴ V. a definição em **Tussman / tenBroek**, «The Equal Protection...», pp. 347 ss.

³⁵⁴⁵ Esta afirmação não é, porém, incontroversa e podem ser encontradas situações em que o juiz constitucional vai mais longe, mesmo em casos em que a eventual violação da *equal treatment clause* não se combina com a restrição de direitos fundamentais. V. a exposição bem documentada de **Bishop**, «Rationality is dead!...» pp. 5 ss.

³⁵⁴⁶ **Michael**, «Los derechos de igualdad ...», p. 154; **Pirker**, *Proportionality...*, p. 118.

uma relação meio-fim *idêntica* àquela que interessa ao princípio da proibição do excesso, através do segmento da adequação.

A aferição da correção desta orientação exige que se distinga entre relações meio-fim em sentido autêntico e em sentido inautêntico. Na aceção *autêntica*, a solução legislativa em apreciação constitui o meio capaz de causar os efeitos materiais que constituem o fim do ato. Na aceção *inautêntica*, diversamente, não se impõe que a solução legislativa em apreciação seja o meio capaz de causar os efeitos materiais visados, exige-se apenas que tenha uma qualquer relação com eles.

A proibição do excesso, através do segmento da adequação, postula que a medida legislativa - ou a solução nela contida - seja intrinsecamente apta a promover de forma causal os efeitos materiais visados. Quando se diz que subjacente à proibição do excesso está uma relação meio-fim, trata-se de uma relação meio-fim *autêntica*, enunciada nestes termos causais.

Como vimos a propósito dos pressupostos de aplicação, o princípio da igualdade pode ter como objeto situações em que a solução diferenciadora é o próprio meio para atingir o fim. Nesse caso, o foco central da apreciação é apurar se tal meio é *adequado* para causar esse fim. Se não o for, há violação do princípio da igualdade. Nessas circunstâncias, LERCHE e outros não têm razão. Se a medida legislativa visar um fim de justiça ou de (r)estabelecimento da igualdade material, isto é, um fim vinculado ou instrumental à própria estrutura do princípio da igualdade numa das suas precipitações (fim *interno*), o apuramento do cumprimento do princípio exige forçosamente que se aprecie se a diferenciação é *adequada* para prosseguir o fim interno, isto é, o fim de justiça ou de igualdade material. Nestes casos há alguma analogia estrutural entre o segmento da adequação tal como funcionalmente adaptado à *proibição do excesso* e a adequação como *componente estrutural* do princípio da igualdade³⁵⁴⁷.

Porém, a analogia estrutural do princípio da igualdade com o princípio da proibição do excesso fica por aí.

Por um lado, não há possibilidade de adaptar ou incorporar nada de parecido com um teste de necessidade³⁵⁴⁸. Para isso, teria de se considerar que a diferenciação

³⁵⁴⁷ Concordante, **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», p. 114.

³⁵⁴⁸ Assim, **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», p. 126.

introduzida é uma interferência ou afetação, ou equivalente a uma afetação, do sentido material do princípio da igualdade, a ser confrontada com outras afetações menos sacrificadoras desse princípio. Isso seria incoerente, tendo em conta que essa "afetação" visa justamente satisfazer o princípio da igualdade³⁵⁴⁹.

Por outro lado, não se vê como adaptar algo parecido com o segmento da proporcionalidade em sentido estrito: seria absurdo contrapesar o benefício obtido em termos de igualdade material com o "prejuízo" eventualmente sofrido (se algum pudesse identificar-se) por quem beneficiava anteriormente de uma situação de desigualdade³⁵⁵⁰.

Em contrapartida, quando o fim da norma é *externo* em relação à estrutura da igualdade, a negação da centralidade de uma relação meio-fim *autêntica* na avaliação da igualdade é fundamentalmente correta.

Em alguns casos, o fim da norma legislativa tanto pode ser alcançado havendo diferenciação, como não, e até pode suceder que soluções não diferenciadoras sejam presumivelmente mais eficientes do que soluções diferenciadoras (v.g. o "corte" de pensões de todos, em alternativa ao "corte" de pensões de apenas alguns). Algumas vezes, a diferenciação não foi deliberadamente pretendida pelo legislador, constituindo um mero efeito colateral, não necessariamente desejado e até eventualmente indesejado. Outras vezes, só muito remotamente pode ser considerada como o meio através do qual se pretende *causar* os efeitos que constituem fim da norma legislativa.

Apreciemos um exemplo: admitamos que o legislador, com o fim de melhorar a qualidade do ar dos centros históricos das cidades, a fluidez do trânsito e a utilização de transportes coletivos, proíbe a circulação de carros com mais de vinte anos (*M1*). Os efeitos materiais mais gerais estão estabelecidos, existem efeitos materiais intermédios que são simultaneamente meios (diminuir o trânsito de viaturas privadas e a circulação de carros menos evoluídos no que se refere ao controlo das emissões). A *diferenciação* entre o grupo de proprietários de carros com menos de vinte anos e o grupo de proprietários de carros com mais de vinte anos não é, em si,

³⁵⁴⁹ Assim, **Michael**, «Los derechos...», p. 157; **Huster**, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit...», pp. 543 ss.; **Mancebo**, «Igualdad...», p. 192. Para um enquadramento global, **Robbers**, *Gerechtigkeit...*, esp. pp. 88 ss.

³⁵⁵⁰ Coincidente, **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», p. 127.

o meio que o legislador definiu para atingir o fim. O meio é simplesmente a proibição da circulação de veículos com certas características. Para se averiguar se a diferenciação entre dois grupos de "proprietários de carros", implicitamente criada, respeita o princípio da igualdade, não é a relação entre meio e fim em sentido *autêntico* que interessa.

Outro exemplo, este clássico, retirado do *case law* norte-americano: em *Craig v. Boren* (1976), o Supremo Tribunal americano apreciou normas que proibiam o consumo de cerveja por homens menores de 21 anos, enquanto que no caso das mulheres a proibição vigorava só até aos 18. À luz do segmento da adequação do princípio da proibição do excesso, a norma que estabelecia a proibição de consumo a homens menores de 21 e a mulheres menores de 18 anos não é inconstitucional. Independentemente da diferenciação, esta norma proibitiva contribui para atingir os efeitos materiais visados, isto é, a diminuição do consumo de cerveja e da sinistralidade. Já a diferenciação estabelecida, em si, não era justificada por nenhuma base factual, como o Tribunal concluiu. Não era demonstrável que proibir os homens de beber cerveja até aos 21 e as mulheres apenas até aos 18 tivesse uma relação racional com o fim da norma: esta era inconstitucional por violação do princípio da igualdade.

Objeto do princípio da igualdade - pelo menos na versão fraca - não é uma relação causa-efeito, ou meio-fim em sentido autêntico, mas sim a apreciação das razões que sustentam a diferenciação e da relação dessas razões com outras variáveis, entre as quais o contexto que dá sentido à norma legislativa e o fim prosseguido, relação essa que só podemos designar de meio-fim num sentido *inautêntico* e impreciso. Não se diz: "a diferenciação realizada por *M1* não é adequada para prosseguir o fim de *M1*, por isso viola o princípio da igualdade"; diz-se "a diferenciação realizada por *M1* não é racionalmente ou razoavelmente justificada tendo em conta o fim de *M1*, por isso viola o princípio da igualdade". No primeiro caso, estaria a averiguar-se a existência de uma relação de causa-efeito entre a diferenciação e o fim; no segundo aprecia-se a diferenciação em si, a sua racionalidade ou razoabilidade, conhecendo e considerando o fim que *M1* visa, mas sem cuidar de decidir se *M1* e a diferenciação por ela realizada é mínima, média ou maximamente eficiente para atingir esse fim. As razões justificativas devem ser racionais ou não arbitrárias e devem ter uma relação *racional ou não arbitrária* com o contexto que dá sentido à medida legislativa

e com o fim dela. Salvo no caso da norma apreciada prosseguir fins internos, o princípio da igualdade não exige que a diferenciação seja adequada ou idónea para promover - no sentido de causar - o fim prosseguido³⁵⁵¹.

Assim, no acórdão n.º 396/11, o Tribunal Constitucional considerou que a diferenciação a que eram sujeitos especificamente os trabalhadores do setor público era racionalmente justificada (não era arbitrária) tendo em conta o fim de diminuição imediata e instantânea da despesa pública. Mas no contexto da estrita apreciação do cumprimento do princípio da igualdade o Tribunal não teve de apreciar (não obstante alguma ambiguidade semântica) se essa *diferenciação em si* entre vários grupos de trabalhadores era adequada a promover ou aproximar o fim da diminuição da despesa pública.

Em conclusão, se não se pode dizer que à igualdade é indiferente a relação meio-fim entre a medida ou solução legislativa e o fim visado, também não se pode dizer que a igualdade na sua versão fraca - proibição do arbítrio - é estruturalmente equivalente ao segmento da adequação do princípio da proibição do excesso³⁵⁵².

1.3.2. Versão *forte*

1.3.2.1. A formação e sentido da versão forte na jurisprudência constitucional alemã

A igualdade proibição do arbítrio não resolve os problemas de «desigualdade» que não se reconduzem a uma solução arbitrária³⁵⁵³. Daí a sua superação através de uma versão *forte*.

³⁵⁵¹ Diferentemente, **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», pp. 114, 126.

³⁵⁵² Por todos, **Michael**, «Los derechos de igualdad ...», p. 154; v., também, com significado especial por realizar uma interpretação quase autêntica da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, **Trias / Ruiz**, «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», p. 19. Próximo do texto, **Albers**, «Gleichheit...», p. 947.

³⁵⁵³ **Canotilho**, *Direito...*, 7.ª ed., p. 428, defendendo a insuficiência daquela versão e, consequentemente, a sua superação.

Esta versão inspira-se na *neue Formel* adotada pela primeira Câmara (*erste Senat*) do Tribunal Constitucional alemão no início da década de 1980³⁵⁵⁴, seguida pelo Tribunal Constitucional português a partir da década de 1990³⁵⁵⁵: há uma violação do princípio geral da igualdade quando um grupo de destinatários da norma é tratado diferentemente em comparação com outro grupo de destinatários da norma, apesar de não haver entre os dois grupos diferenças cuja espécie e peso justifique o tratamento desigual^{3556/3557}. A definição do princípio geral da igualdade tem de sofrer um ajustamento: passa a consistir na proibição de tratamento desigual quando não há *razões de diferenciação com peso suficiente para justificar o tratamento desigual* e na proibição de tratamento igual quando há *razões de diferenciação com peso suficiente* para justificar o tratamento desigual. Na versão

³⁵⁵⁴ Sentença de 7 de Outubro de 1980. Referências a outras em **Robbers**, «Der Gleichheitssatz», p. 751 e **Huster**, «Gleichheit...», p. 542. O debate sobre se a *neue Formel* (ou "fórmula do destinatário da norma": **Borowski**) constituiu uma mudança substancial da jurisprudência do *BVerfG* tem sido inconclusivo, com vozes a pronunciar-se em sentido afirmativo e outras contra: v. o rol em **Lenze**, «Gleichheitssatz und Generationengerechtigkeit», pp. 89 ss., nota 22. Para várias visões sobre a *neue Formel*: **Maaß**, «Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz...», *cit.*; **Hesse**, «Der allgemeine...», *cit.*; **Sacksofsky**, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung...*, *cit.*; **Sachs**, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes...» *cit.*; **Jarass**, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung...», p. 2549; **Kischel**, «Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz», *cit.*; **Odendahl**, «Der allgemeine Gleichheitssatz: Willkürverbot und "neue Formel"...», *cit.*; **Brüning**, «Gleichheitsrechtliche ...», *cit.*; **Albers**, «Gleichheit...», *cit.*; **Michael**, «Los derechos de igualdad ...», pp. 154 ss.; **Werner Heun**, «Art. 3», in H. Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. I, 3.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013 (2.^a ed., 2004); **Pieroth/Schlink**, *Direitos Fundamentais...*, p. 136; **Borowski**, *La estructura...*, p. 199; **Mancebo**, «Igualdad...», pp. 178 ss.; **Ravi Pereira**, «Igualdade...», p. 323; **Dimitri Schaff**, *Entwicklung von der Willkürformel zur Gruppenvergleichsformel*, GRIN Verlag, 2013 (eBook).

³⁵⁵⁵ Pelo menos desde o acórdão n.º 330/93 (n.º 6), onde se dá explicitamente conta da (na altura, recente) evolução da jurisprudência constitucional alemã e se distingue entre a modalidade da igualdade como proibição do arbítrio e uma modalidade diferente, assente num "critério mais compreensivo do que o da proibição do arbítrio", aplicada ao caso *sub judice*.

³⁵⁵⁶ A frase mais citada é a seguinte: "*Diese Verfassungsnorm [artigo 3.º, n.º 1, sobre princípio geral da igualdade] gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demgemäß ist dieses Grundrecht vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten*". **Borowski**, *La estructura...*, p. 200 nota que, não obstante se ter visto esta nova fórmula como uma receção do princípio da proporcionalidade, na decisão do Tribunal não é feita qualquer referência a um exame de proporcionalidade ou a uma ponderação. O uso da metáfora do *peso* (das diferenças) remete apenas, implicitamente, para estruturas de ponderação bilateral ou de contrapeso entre variáveis.

³⁵⁵⁷ Numa decisão de 26 de janeiro de 1993 o *BVerfG* especificou a *neue Formel* em termos que alguns consideram configurar uma nova variante daquela fórmula: assim, **Borowski**, *La estructura...*, pp. 200 ss. O Tribunal passou a distinguir, em vez de dois níveis apenas, três níveis: o tratamento desigual de pessoas ou grupos de pessoas; o tratamento desigual de situações de facto que implica indiretamente o tratamento desigual de pessoas ou grupos de pessoas; as demais situações de tratamentos desiguais de situações de facto. Por outro lado, agora sim, integra o exame de proporcionalidade na estrutura da nova fórmula (*ob. cit.*, p. 204).

fraca trata-se de igualdade como *proibição da diferenciação* (ou da igualitarização) *arbitrária*. Na versão forte, de igualdade como *proibição da diferenciação* (ou da igualitarização) *desproporcionada* ou *desequilibrada*³⁵⁵⁸.

A emergência da *neue Formel* cruza-se com a trajetória expansiva do princípio da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso, já inequívoca na década de 1980. Consequentemente, é explicável a tentação do *BVerfG*, de outros tribunais constitucionais e de muitos autores de incorporarem a ideia (ou até o princípio) da proibição do excesso na estrutura do princípio da igualdade³⁵⁵⁹.

1.3.2.2. As relações entre a versão forte e o princípio da proibição do excesso de acordo com a doutrina alemã

Sobre a relação entre a *neue Formel* da estrutura dogmática do princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso, a doutrina germânica pode ser organizada em quatro correntes principais³⁵⁶⁰: (i) integração total; (ii) integração limitada; (iii) integração em termos modificados; (iv) separação.

1.3.2.2.1. Integração total

Uma corrente *totalmente integradora da proibição do excesso*³⁵⁶¹ defende que também no exame do princípio da igualdade se devem aplicar *mutatis mutandis* os

³⁵⁵⁸ Concordante, **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», p. 120; **Ravi Pereira**, «Igualdade...», p. 324, propõe *razoabilidade como equilíbrio*, em contraposição a razoabilidade como fundamento material bastante. Como veremos, falar-se de igualdade como *proibição da desproporção* não significa integrar o princípio da proibição do excesso na estrutura do princípio da igualdade.

³⁵⁵⁹ Notando este aspeto, **Pedro Machete / Teresa Violante** - «O princípio da Proporcionalidade...», p. 10; na doutrina da época v. **Kloepfer**, «Gleichheit...», p. 58.

³⁵⁶⁰ Para a síntese que se segue beneficiamos essencialmente da exposição de **Michael**, «Los Derechos...», pp. 155 ss. Cada uma das correntes referidas tem ramificações e versões diferenciadas, não havendo, além disso, absoluta estanquicidade entre elas, o que possibilita posições doutrinárias dificilmente enquadráveis numa ou noutra.

³⁵⁶¹ Por todos, **Jarass**, «Folgerungen...», p. 2549. Na doutrina nacional v. **Canotilho**, *Direito Constitucional...*, 7.^a ed., pp. 1297-1298, sustentando o contributo da proporcionalidade para a metódica da igualdade. Tendo em conta que o critério que conduz à desigualdade é sempre

três segmentos da proibição do excesso, adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e. A única adaptação a fazer é, em lugar de se ponderar a proporcionalidade da interferência num direito, ponderar-se a proporcionalidade da diferenciação, assimilada a uma interferência: a diferenciação deve ser adequada a prosseguir o fim da norma legislativa, não deve haver nenhuma diferenciação alternativa menos interferente e igualmente adequada e devem ponderar-se os benefícios da diferenciação com os sacrifícios por ela provocados.

1.3.2.2.2. Integração limitada

A segunda corrente, *limitadamente integradora da proibição do excesso*³⁵⁶², sustenta que o exame de proibição do excesso só pode incorporar a estrutura do exame da igualdade nas situações em que se possa falar de paralelismo estrutural entre os dois princípios. Isso sucederia apenas quando a norma legislativa diferenciadora visasse alcançar fins externos. Nesses casos de equivalência estrutural, os segmentos da proibição do excesso seriam aplicáveis com a configuração que têm quando se trata de examinar interferências em direitos de liberdade.

1.3.2.2.3. Integração em termos modificados

A terceira corrente, *integradora da proibição do excesso em termos modificados*, sustenta que o exame de proibição do excesso só pode ser inserido na estrutura do princípio da igualdade se for construída uma estrutura dos segmentos da proibição do excesso específica, adaptada àquele princípio. Contudo, a possibilidade de se adaptar *todos* os três segmentos da proibição do excesso é desigual.

desenhado em função de um fim, surgindo essas desigualdades também em função do fim que se pretende atingir com a medida, haveria que verificar a adequação e necessidade dessa desigualdade em relação a esse fim, bem como a proporcionalidade do tratamento desigual em relação aos fins a obter ou obtidos; v., também, **Maria da Glória Garcia**, *Estudos...*, p. 17; **Nogueira**, *Direito fiscal europeu ...*, p. 118. Esta posição tem reflexos na jurisprudência do TC português, como se verá adiante.

³⁵⁶² Por todos, **Huster**, «Gleichheit...», pp. 541 ss.

À cabeça, para se viabilizar um juízo de *adequação*, faz-se uma adaptação ao nível da relação meio-fim: se não houver uma relação *real* entre a diferenciação e o fim pretendido (isto é, se não se tratar, por exemplo, de uma norma que vise um fim interno ao princípio da igualdade), ficciona-se uma relação equivalente entre a diferenciação, as razões que a sustentam e o fim externo que a norma persegue. Nesse panorama, a proibição do arbítrio funcionaria isoladamente (como versão fraca) ou como componente estrutural da versão forte e teria o mesmo conteúdo que uma exigência de idoneidade ou adequação, traduzindo-se na proibição de proceder a diferenciações não adequadas para promover o fim interno, ou não conformes com as razões e o fim externo (cfr. *supra*).

Já quanto à *necessidade*, a adaptação é impossível na maior parte dos casos. Uma adaptação passaria por uma operação orientada a verificar se existe uma medida menos diferenciadora com igual eficiência na obtenção do fim. Mas se o fim é interno, isto é, se a diferenciação visa suplantear desigualdades existentes, procurar uma solução menos diferenciadora igualmente eficiente seria um contrassenso. E se o fim da norma for um fim externo, a dificuldade de adaptação também se coloca, pelo menos quando se trate do princípio geral de igualdade. No contexto deste não se pode falar de uma ideia geral de igualitarização. Não se pode dizer, à partida, que o tratamento igual é "melhor", ou menos "oneroso", ou menos "interferente", do que o tratamento diferenciado. A diferenciação não é necessariamente um *minus*. Por isso, estabelecer como intuito de uma adaptação do segmento da necessidade a procura de uma alternativa "menos diferenciadora", presumindo que é o mesmo que "menos onerosa", não é sustentável do ponto de vista dogmático. Nestes casos não há exame de necessidade ou algo equivalente. Só não se pode dizer o mesmo em relação às vertentes do princípio da igualdade que proíbem discriminações ou diferenciações específicas ou baseadas em critérios suspeitos (cfr. artigo 13.º, n.º 2), uma vez que nesses casos o sentido jurídico-constitucional é de facto igualitarizador. Aí, a diferenciação só é válida se não houver outras soluções alternativas menos diferenciadoras, ou não diferenciadoras, que permitam atingir o fim com igual eficiência.

Finalmente, para esta corrente é crucial a adaptação do segmento da *proporcionalidade em sentido estrito*, que pondera as diferenciações face às razões objetivas que as justificam: quanto maior for o peso das razões objetivas que

justificam o tratamento desigual, tanto maior será a legitimidade das diferenciações jurídicas³⁵⁶³.

1.3.2.2.4. Separação

A quarta corrente, *negacionista da integração*, sustenta que o exame da proibição do excesso não cabe na estrutura do princípio da igualdade. Os princípios da igualdade e da proibição do excesso têm estruturas diversas e não intercambiáveis, correndo paralelamente e incidindo sobre objetos distintos: o princípio da igualdade pronuncia-se sobre a validade das diferenciações, o princípio da proibição do excesso sobre a validade das interferências em direitos³⁵⁶⁴.

1.3.2.3. Posição assumida: distâncias e proximidades estruturais

O facto de a *neue Formel* ter nascido *semanticamente* associada a uma ideia de proporcionalidade, por via da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, tem, de alguma forma, condicionado a doutrina na busca de uma delimitação clara da estrutura dogmática dos dois princípios.

Abstraindo tanto quanto possível da *neue Formel* e do ambiente germânico, as teses que melhor correspondem ao interesse em delimitar rigorosamente a estrutura dos dois princípios, particularmente quando está em causa a estrutura do princípio da igualdade na sua versão forte, são as que realçam as diferenças (que desembocam na impossibilidade de partilharem os segmentos da adequação e da necessidade em muitos casos) *sem ignorar a proximidade* (mas não identidade) *estrutural dos momentos de ponderação* de cada um deles.

³⁵⁶³ Por todos, **Michael**, «Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit», *cit.*; *idem*, «Grundfälle zur Verhältnismässigkeit, Teil III», p. 866; *idem*, «Los derechos...», pp. 157 ss.

³⁵⁶⁴ Esta corrente entronca na doutrina original de **Lerche**, *Übermass.*, pp. 29 ss., desenvolvida mesmo antes da *neue Formel*. Por todos, mais recentemente, **Heun**, «Art. 3», *cit.*; entre nós, aparentemente, **Ravi Pereira**, «Igualdade...», pp. 360 ss.

Sobre a possibilidade de "adaptabilidade" ou "transformação" dos segmentos da adequação e da necessidade, de modo a absorverem o sentido teleológico do princípio da igualdade, vale em boa medida o que se expôs a propósito da versão fraca, no caso da adequação, bem como a dificuldade que os próprios defensores das teses integracionistas reconhecem a propósito da adaptabilidade da necessidade. Tal como na versão fraca, não é sempre possível falar-se no contexto da versão forte de uma relação *autêntica*, de natureza causal, entre a diferenciação introduzida pela norma e o fim desta.

Esta divergência estrutural de partida entre igualdade e proibição do excesso tem implicações no que toca à viabilidade dogmático-estrutural do segmento da necessidade como elemento estrutural da igualdade na versão proibição do desequilíbrio. Na metódica do princípio da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso, averiguar se a medida é necessária é ajuizar se o meio adotado não tem alternativa igualmente ou superiormente adequada que sacrifique menos os bens, interesses ou valores objeto de interferência legislativa. Esta formulação suscita à partida um argumento lógico-formal: a necessidade pressupõe uma *comparação* de medidas igual ou superiormente *adequadas*. Todavia, como o princípio da igualdade não integra por norma um juízo sobre a adequação do tratamento diferenciado para prosseguir o fim, falece à cabeça o sustentáculo metódico para efetuar a comparação dos níveis de adequação de eventuais medidas alternativas.

Mas mais comprometedor da "adaptabilidade" da necessidade é outro argumento. Não cabendo na estrutura do princípio da igualdade a averiguação da existência de alternativas menos onerosas, menos interferentes, menos drásticas ou mais suaves, como é próprio do segmento da necessidade do princípio da proibição do excesso, também não parece possível conceber-se algo *assimilável*, centrado na averiguação da existência de alternativas *menos diferenciadoras ou não diferenciadoras*³⁵⁶⁵. Como já se alegou, essa opção nem sempre é dogmaticamente enquadrável no sentido teleológico do princípio da igualdade.

Poderia pensar-se, todavia, que a versão forte da igualdade tem em comum com o princípio da proibição do excesso o segmento da proporcionalidade e.s.e. Aquela não se limita a impor que a diferenciação tenha alguma base de racionalidade ou de não

³⁵⁶⁵ V. **Brüning**, «Gleichheitsrechtliche...», p. 670; cfr., também, **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», p. 127.

arbitrariedade. De acordo com essa versão, a diferenciação ou tratamento desigual deve ser proporcional. Para se verificar se há *proporção*, é efetuada uma operação de *ponderação multipolar cruzada* que contrapesa (i) a espécie, profundidade, extensão e significado dos efeitos do tratamento desigual sofrido por um dos grupos componentes do par comparativo em relação ao outro, (ii) as razões justificativas da diferenciação, (iii) as razões que implicariam uma não diferenciação, ou uma diferenciação diferente, e (iv) a intensidade da relação de tudo isso com o contexto normativo e factual que dá sentido à decisão do legislador e com o fim da norma³⁵⁶⁶.

Esta versão forte não postula que a opção diferenciadora adotada seja *a mais justa* das alternativas disponíveis³⁵⁶⁷. Mas o resultado da ponderação deve permitir concluir que as razões que fundamentam o tratamento diferenciado sob exame, com aquela *espécie* e com *aquela extensão*, têm um peso suficiente para justificar tal tratamento. Não basta que a diferenciação seja racional, razoável ou não arbitrária: se a ponderação desembocar na conclusão de que o peso das razões da diferenciação (peso essencialmente dependente da sua relação com o contexto e o fim da norma) não é superior ao valor atribuído à profundidade, extensão e significado do tratamento diferente sofrido, a norma legislativa diferenciadora claudica³⁵⁶⁸. Um exemplo: se o legislador, querendo diminuir o défice orçamental com urgência, procede a um corte instantâneo dos salários dos trabalhadores do setor público, pode entender-se que há uma razão justificativa do tratamento diferenciado suficientemente racional para superar a versão fraca do princípio da igualdade³⁵⁶⁹. Já a aplicação de uma versão estruturalmente mais forte pode conduzir a resultados diferentes se se entender, após ponderação, que o peso das razões justificativas não é suficiente para contrabalançar a espécie, intensidade, extensão e significado da diferenciação sofrida pelo grupo atingido³⁵⁷⁰.

³⁵⁶⁶ Cfr. **Albers**, «Gleichheit...», p. 947.

³⁵⁶⁷ Diferentemente, **Alexy**, *A Theory...*, p. 269.

³⁵⁶⁸ **Borowski**, *La estructura...*, p. 207.

³⁵⁶⁹ Cfr. acórdãos n.ºs 396/11 e 187/13 (particularmente ponto 30) do Tribunal Constitucional.

³⁵⁷⁰ Cfr. o acórdão n.º 187/13 do Tribunal Constitucional, n.ºs 36 e ss. Já o acórdão n.º 413/14 (n.ºs 22 e ss.), que declarou a inconstitucionalidade de normas do Orçamento de Estado que reduziam remunerações de trabalhadores do setor público com fundamento na violação do princípio da igualdade, apesar de indiciar a aplicação da versão forte suscita dúvidas sobre o cumprimento de todos os respetivos passos metódicos: nesse sentido v. a declaração de voto de Lúcia Amaral,

Subjacente à ponderação está a ideia de que quanto mais intensa, extensa e lata for a diferença de tratamento, mais forte ou "pesada" deve ser a razão justificativa ou o fundamento dessa diferenciação³⁵⁷¹. Não escapa a semelhança entre esta fórmula e a (primeira) lei da ponderação de ALEXY, construída a pensar especificamente no segmento da proporcionalidade em sentido estrito: "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro"³⁵⁷².

Mas a semelhança gráfica entre leis formais de ponderação não significa que os princípios da igualdade e da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso (através do segmento da proporcionalidade e.s.e.) envolvam *ponderações sobre a mesma coisa* ou com a *mesma estrutura*³⁵⁷³.

Para aplicação do princípio da proibição do excesso - que tem entre os seus pressupostos de aplicabilidade uma colisão entre bens, interesses ou valores - contrapesam-se as importâncias dos efeitos de *sacrifício* de bens, interesses ou valores e de *satisfação* de *outros* bens, interesses ou valores. Para aplicação do princípio da igualdade - não despoletada por uma colisão de bens, interesses ou valores -, pesa-se o que representa a diferenciação para cada um dos membros do par comparativo e contrapesa-se a *espécie, intensidade e extensão da diferenciação* com as *razões da diferenciação*. A circunstância de haver um momento ponderativo na estrutura dogmática do princípio da igualdade, na versão forte, apesar de crucial, não implica automaticamente que haja aplicação de qualquer segmento da proibição do excesso³⁵⁷⁴.

alegando justamente que a maioria do coletivo de juizes não procedeu à necessária comparação ponderativa entre os níveis remuneratórios de grupos distintos de pessoas, mas sim à comparação da situação de um grupo com a situação do mesmo grupo nos anos transatos.

³⁵⁷¹ V. acórdão n.º 353/12 do Tribunal Constitucional.

³⁵⁷² Cfr. **Alexy**, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», p. 15; *idem*, «On constitutional rights to protection», p. 6. Em certas circunstâncias a força das razões justificativas deve crescer de forma *progressiva*. À medida que a diferenciação se torna mais marcada, a *resistência à diferenciação* aumenta, obrigando a que a força justificativa das razões aumente mais do que proporcionalmente ou sobreproporcionalmente: assim **Clérico**, «Sobre la prohibición por acción insuficiente...», p. 201, embora noutro contexto.

³⁵⁷³ Cfr., em sentido não coincidente, **Borowski**, *La estructura...*, p. 221, sustentando que a ponderação entre as entidades normativas que interessam ao princípio geral da igualdade (isto é, na sua perspetiva, a pretensão *prima facie* de tratamento igual e todas as razões que joguem em sentido contrário) tem a mesma estrutura que a da proporcionalidade em sentido estrito.

³⁵⁷⁴ V. **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», p. 128.

Tudo visto, pode admitir-se a ideia de princípio da igualdade como *proibição da desproporção*, na medida em que sublinhe simplesmente o momento ponderativo que a versão forte envolve³⁵⁷⁵. Mas são escassos os argumentos que sustentam o conceito de *igualdade proporcional* entendido como versão mesclada do princípio da igualdade que incorpora o princípio da proibição do excesso ou a maior parte dos traços estruturais desta³⁵⁷⁶.

Na sua versão fraca, insofismavelmente, mas também na forte, o princípio da igualdade tem uma estrutura que, refletindo as diferenças de pressupostos de aplicação, não se confunde com a do princípio da proibição do excesso.

São estas diferenças estruturais que explicam que uma mesma medida possa contender com o princípio da proibição do excesso *qua tale* sem contrariar o princípio da igualdade e vice-versa.

1.3.3. Critérios de aplicação das versões forte e fraca

No ambiente constitucional americano, o tipo e intensidade de intervenção na posição jurídica subjetiva tutelada pela cláusula constitucional da igualdade determinam o *standard* de controlo e, por essa via, a intensidade de controlo. Quanto mais forte o *standard* aplicável, mais exigente o conjunto de testes que a norma legislativa tem de superar. Por exemplo, o *standard* mais apertado (*strict scrutiny*) exige que o legislador demonstre a prossecução de fins *imperiosos* (*compelling*); os outros *standards* (*intermediate*, *rational basis*) exigem fins *importantes* ou simplesmente *legítimos*³⁵⁷⁷.

Com alguma homologia, no nosso quadro constitucional a aplicação de uma ou outra das versões estruturais do princípio da igualdade atende primacialmente ao *tipo de diferenciação*, qualificado de acordo com o sentido axiológico da Constituição. Por um lado, o carácter fundante da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) implica que

³⁵⁷⁵ Ou, como refere **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», p. 115, a igualdade proporcional é afinal uma rejeição da igualdade absoluta.

³⁵⁷⁶ Na leitura de **Morais, Curso...**, II, 2, p. 728. Convergente com o texto, **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», pp. 126 ss.

³⁵⁷⁷ V. *supra*, capítulo 3. Para uma comparação crítica, **Pulido**, «El juicio de la igualdad...», pp. 10 ss.

todas as diferenciações baseadas em características *das pessoas* (as que elas inevitavelmente têm, as que só dificilmente podem deixar de ter ou as que escolhem e querem ter), ou em características *referidas às pessoas ou às situações das pessoas* (se estão ou não desempregadas, se são ou não casadas, se vivem neste ou naquele sítio, se têm filhos ou não, se são trabalhadores do setor público ou do setor privado, se são trabalhadores *white collar* ou *blue collar*) por princípio requerem um diapasão mais intenso do que as diferenciações baseadas em *circunstâncias ou aspetos objetivos* não referidos às pessoas (a interioridade versus a litoralidade, o pequeno comércio versus as grandes superfícies)³⁵⁷⁸. Sem embargo, a distinção é problemática, uma vez que qualquer situação objetiva toca sempre as pessoas³⁵⁷⁹ (o tratamento diferenciado do interior do País afeta necessariamente as pessoas que vivem no interior). Por outro lado, se a diferenciação afetar o exercício de um direito fundamental isso suscita um controlo mais intenso³⁵⁸⁰. Além disso, deve atender-se à extensão ou grau da diferenciação, tendo em conta a sua importância para as pessoas afetadas³⁵⁸¹ e a própria profundidade com que a norma constitucional especifica certa aplicação do princípio da igualdade.

Tendo isso em conta, pode propor-se a seguinte *matriz indicativa*, que vai de hipóteses que requerem a aplicação da versão mais forte do princípio da igualdade (que, na sua máxima força, se traduz, na prática, numa quase total e absoluta improbabilidade de que qualquer diferenciação seja capaz de passar pelo crivo), até hipóteses que admitem versões mais fracas (de simples proibição do arbítrio):

1.º nível: proibições *especiais* de discriminações, como a proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (artigo 36.º, n.º 4) e a proibição de discriminação (prejuízo) em virtude do exercício de direitos políticos ou do desempenho de cargos públicos;

2.º nível: proibições de discriminação (positiva ou negativa) em função das qualidades, situações ou circunstâncias especialmente elencadas no artigo 13.º, n.º 2;

³⁵⁷⁸ V. **Mancebo**, «Igualdad...», p. 184.

³⁵⁷⁹ **Hesse**, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, p. 128; **Brüning**, «Gleichheitsrechtliche...», p. 669; **Mancebo**, «Igualdad...», p. 185; **Borowski**, *La estructura...*, p. 202; **Albers**, «Gleichheit ...», p. 946 (citando **Herzog**).

³⁵⁸⁰ V. **Borowski**, *La estructura...*, p. 202; **Mancebo**, «Igualdad...», p. 185.

³⁵⁸¹ **Hesse**, «Der Gleichheitssatz...», p. 190.

3.º nível: proibições de discriminação com fundamento em traços distintivos de que as pessoas não possam libertar-se de todo, ou de que não possam libertar-se a não ser através de abandono, adulteração ou modificação da sua identidade, não enunciadas no artigo 13.º, n.º 2;

4.º nível: deveres ou obrigações decorrentes do princípio geral de igualdade do artigo 13.º, n.º 1, obrigação de tratar de forma desigual o que é substancialmente desigual e obrigação de tratar de forma igual o que é substancialmente igual, com distinção entre:

- (i) tratamento conferido a grupos de pessoas com base nas suas características ou de aspetos referidos às pessoas;
- (ii) tratamento conferido a circunstâncias objetivas consideradas distintas.

5.º nível: obrigações específicas de discriminação positiva como a do artigo 109.º ("devendo a lei ..."), discriminação positiva do sexo menos representado no acesso e exercício de cargos políticos.

Nenhuma das versões do princípio da igualdade, fraca ou forte, elimina a liberdade de conformação do legislador, embora a versão forte seja mais constrangedora dessa liberdade do que a fraca³⁵⁸². O legislador dispõe sempre de uma ampla margem de conformação do fim. O princípio da igualdade, fora a exclusão de fins de direta discriminação de um grupo definido através de critérios proibidos pela constituição, é neutral em relação à liberdade de conformação dos fins da lei. É certo que o princípio exige, em qualquer das suas versões estruturais, mais do que uma base racional para as classificações ou diferenciações. Mas essa exigência continua a deixar ao legislador uma ampla margem para "definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente"³⁵⁸³.

³⁵⁸² Assim, **Mancebo**, «Igualdad...», p. 180.

³⁵⁸³ Acórdão n.º 187/13, do Tribunal Constitucional, n.º 35.

1.4. Intensidade do controlo do cumprimento do princípio da igualdade

Não se deve confundir a *estrutura dogmática* do princípio da igualdade - com as suas versões fraca e forte - e a *intensidade do controlo* do respetivo cumprimento³⁵⁸⁴. Em princípio, a versão forte supõe um controlo intenso e a versão fraca suscita um controlo mais leve. Mas teoricamente pode haver desencontro: pode suceder que a aplicação pelo legislador de uma versão forte da igualdade seja submetida a um controlo de (apenas) média ou baixa intensidade pelo juiz constitucional³⁵⁸⁵; ou, diversamente, que a aplicação de uma versão fraca do princípio seja submetida pelo juiz constitucional a um controlo com alguma intensidade³⁵⁸⁶.

A intensidade de controlo afere-se através de alguns indicadores: (i) a liberdade usada pelo juiz constitucional para determinar o fim prosseguido pela norma, aceitando pelo seu valor facial o fim declarado pelo legislador ou averiguando sem restrição a sua integridade; quando não declarado em termos explícitos, a disponibilidade para desvendar o fim ou, em alternativa, para assumir *prima facie* que ele não é legítimo ou que deve ser dado como existente e legítimo; (ii) a margem usada pelo juiz constitucional para a determinação, ou para a aceitação da configuração previamente feita pelo legislador, da classificação dos grupos ou situações relevantes (par comparativo), tratadas diferenciadamente pela lei e dos traços de similitude e de dissimilitude parcial entre elas; (iii) dependendo essa determinação de apreciações empíricas e competindo ao tribunal apurar quais as que o legislador realizou, a opção pela atitude deferente de as admitir salvo prova em contrário, ou por as apreciar livremente, substituindo-as, no limite, por apreciações da sua própria iniciativa e responsabilidade; (iv) a atitude mais ou menos deferente perante as apreciações do legislador quanto à racionalidade ou não arbitrariedade da ligação entre as razões que sustentam a diferenciação, o contexto

³⁵⁸⁴ V. **Canotilho**, *Direito Constitucional...*, 7.^a ed., p. 429; **Nogueira de Brito**, «Medida e Intensidade...», pp. 118, ss., p. 124 (invocando a tese de **Forsthoff**, **Hesse** e outros, diferenciadora da igualdade enquanto norma de função - ou de ação - e norma de controlo, distinção que acolhemos em várias partes deste texto).

³⁵⁸⁵ Um exemplo desta discrepância: o acórdão n.º 353/12 do Tribunal Constitucional materializa um juízo de acordo com os parâmetros estruturais da versão forte, mas faz um controlo com intensidade abaixo da máxima, baseado num "critério de evidência".

³⁵⁸⁶ Aparentemente, **Alexy**, *A Theory...*, p. 269, parte da posição de que entre versão forte e intensidade elevada de controlo e entre a versão fraca e intensidade reduzida há um nexos incindível; v., também, **Albers**, «Gleichheit...», v. p. 946, com referências à jurisprudência do *BVerfG*.

factual e normativo e o fim. No caso da versão forte da igualdade, releva também (v) a atitude deferente para com a ponderação realizada pelo legislador, partindo da assunção da sua justeza ou, em alternativa, a predisposição para fazer "tábua rasa" da ponderação do legislador, substituindo-a pela sua própria ponderação independente.

A definição da intensidade de controlo aceitável ou exigível atende a vários aspetos normativamente significativos. Primeiro, o juiz constitucional deve apurar a versão estrutural do princípio da igualdade que o legislador seguiu, ou deveria ter seguido, tendo em conta a natureza do caso. Como vimos, em princípio a versão forte da igualdade pede um controlo de alta intensidade e a versão fraca um controlo de menor intensidade, mas não pode excluir-se liminarmente que alguns dos aspetos que trataremos de seguida possam atenuar essa posição de partida.

Em segundo lugar, importa a estrutura do processo de controlo da constitucionalidade. Em certas ordens jurídicas (EUA e ordenamentos onde há queixa constitucional, recurso de amparo ou *Verfassungsbeschwerde*), os processos de controlo da constitucionalidade são processos *de partes*. Nesses casos é expectável que vigorem normas sobre a repartição da carga de argumentação ou de prova pelas partes. Sendo útil definir um princípio de repartição, parece aceitável que, no âmbito do controlo do cumprimento do princípio da igualdade, a carga de argumentação ou da prova caiba *prima facie* a quem sustenta a diferença de tratamento, seja o legislador, seja quem se opõe à norma legislativa: nessa linha, quem sustenta que uma categoria com similitude parcial ou com dissimilitude parcial em relação ao seu par comparativo deve ser tratada *desigualmente* suporta aquela carga de argumentação³⁵⁸⁷.

³⁵⁸⁷ V. Alexy, *A Theory...*, pp. 271-273; Maihofer, «Princípios de una democracia en libertad», p. 298; Borowski, *La estructura...*, p. 191; Jorge P. Silva, *Dever de legislar e protecção...*, p. 71. O ónus de argumentação traduz-se na seguinte proposição: "se não há uma razão adequada para permitir um tratamento diferencial, então é requerido o tratamento similar". Por outras palavras: ficando o ónus da argumentação a cargo de quem sustenta o tratamento diferencial, o *insucesso da argumentação* a favor essa diferenciação traduz-se em proibição da diferenciação. Para Alexy, desse modo assegura-se que o princípio da igualdade seja verdadeiramente o princípio da *igualdade*, o qual requer *prima facie* igualdade de tratamento e só exige ou permite tratamento diferenciado se isso puder ser justificado por razões atendíveis. Contudo, deste princípio processual sobre *ónus de argumentação* não pode extrair-se a ilação *substantiva* de que uma diferenciação ou tratamento diferenciado constitui sempre *afetação* do princípio da igualdade, daí se partindo para a adaptação do segmento da necessidade (cfr. *supra*).

Ora, a entrega às partes da responsabilidade principal (ou de uma dose significativa de responsabilidade) da prova e da argumentação diminui a *centralidade* do papel do juiz constitucional e pode influir na própria questão da intensidade do controlo: por exemplo, quando a carga da prova ou da argumentação cabe a quem se opõe à lei, o insucesso no carreamento dessa prova e argumentação não pode, em princípio, ser superada pela juiz através de um controlo intenso da sua responsabilidade.

Em muitos casos, porém, os processos de controlo da constitucionalidade não são processos de partes, como é o caso paradigmático de Portugal. Então, além da versão estrutural do princípio da igualdade concretamente aplicável, decisivos são o conjunto de condições histórico-dogmáticas e das concepções gerais em vigor sobre a relação entre o legislador e o juiz constitucional: a margem de conformação de que disfruta o legislador e os limites dos poderes de escrutínio do juiz constitucional, as normas de distribuição de competências num quadro de separação de poderes e de diferentes responsabilidades e capacidades institucionais e o grau de *self restraint* que o tribunal deve observar na sua atividade de controlo. Desse quadro decorrem indicações sobre se existe uma *presunção de constitucionalidade* da lei³⁵⁸⁸ e das escolhas e apreciações do legislador (como no *rational basis test* dos EUA), questão umbilicalmente ligada à de saber se a inconstitucionalidade é declarada apenas em casos de *evidência*.

Do cruzamento de todas estas variáveis - indicadores, existência ou não de regras sobre a carga de argumentação e prova, condições histórico-dogmáticas, concepções gerais vigentes - resultam os vários graus de intensidade de controlo da igualdade.

1.4.1. Do controlo (dito) da proibição do arbítrio...

Na Europa, o reconhecimento da necessidade de diferenciação de várias intensidades de escrutínio foi atrasada por um processo, mais prolongado e mais lento do que nos EUA, de afirmação da igualdade como parâmetro da atividade do legislador. Num primeiro patamar desse processo de afirmação, a estratégia processual é essencialmente minimalista, aliás associada a uma concepção *fraca* da

³⁵⁸⁸ Numa expressão mais específica, o parecer n.º 26/82 da Comissão Constitucional fala de "presunção de racionalidade" (*cit.* por **Claro**, *Introdução ao estudo...*, p. 26).

própria estrutura do princípio da igualdade (v. *supra*). Ao abrigo das orientações clássicas (esculpidas sob influência de LEIBHOLZ, TRIEPEL, RÜMELIN e outros), sob a designação indeterminada e maleável de controlo da *proibição do arbítrio* (*Willkürverbot*)³⁵⁸⁹, o juiz constitucional sujeita a apreciação do cumprimento da igualdade a um crivo tendencialmente minimalista, marcado por indicadores variavelmente combinados: abertura a uma ideia de presunção de constitucionalidade; aceitação irreflexiva da legitimidade do fim alegado pelo legislador ou tacitamente imputável à norma legislativa; admissão das classificações e das bases empíricas selecionadas e apuradas pelo legislador; imposição da carga de argumentação (ou de prova, quando aplicável) a quem invoca a violação da igualdade; atitude deferencial para com as ponderações do legislador; declaração da violação do princípio da igualdade apenas em situações de evidente desrazoabilidade ou arbítrio. Nesses termos, o juiz constitucional limita-se a escrutinar se as categorias ou diferenciações explícita ou implicitamente recortadas pela lei e os critérios em que assentam são arbitrários, tendo em conta a natureza das coisas, os preceitos da razão e da justiça, a consciência jurídica da comunidade. A margem de conformação do legislador é amplamente preservada.

Esta inclinação tem óbvia correspondência com a intensidade de controlo da violação da *equal protection clause* nos termos do teste norte americano da *rational basis* (descontando, por um momento, toda a controvérsia sobre inconsistências e imprecisões de que o teste é acusado pela doutrina).

Esta atitude de autocontenção e de frouxidão do crivo, baseada simplesmente numa preocupação genericamente identificada como *proibição do arbítrio* (embora o léxico associado a essa perspetiva inclua também referências à *razoabilidade*, à *proporcionalidade*, à *igualdade-proporcional*³⁵⁹⁰), é insatisfatória em muitas situações, particularmente quando estão em causa diferenciações baseadas em critérios que apelam a características ou circunstâncias *suspeitas* (*suspect classifications*), ou quando os tratamentos diferenciados afetam o exercício igualitário de direitos fundamentais. Daí a formação de fórmulas de controlo intensificado.

³⁵⁸⁹ Para maior densificação do conceito, **Maria da Glória Garcia, Estudos...**, p. 58; **Alexy, A Theory ...**, pp. 268 ss.; **Mancebo, Principio de igualdad...**, pp. 168 ss.

³⁵⁹⁰ Como resulta da jurisprudência constitucional, incluindo a mais recente.

1.4.2. ...ao controlo intensificado...

Também a identificação das circunstâncias em que o controlo da igualdade pelo juiz constitucional deve ser mais intenso e mais apertado sofreu, no contexto europeu, o impulso decisivo de decisões do Tribunal Constitucional alemão. Já expusemos que a partir da década de 1980, afastando-se da orientação clássica de Leibholz, vinculada simplesmente à proibição do tratamento arbitrário e aproximando-se da posição de GEIGER³⁵⁹¹, aquele Tribunal adotou a dita *neue Formel*. A nova fórmula, além de representar uma reconstrução da estrutura do princípio da igualdade, teve implicações processuais marcantes que, todas somadas, representaram o acréscimo da intensidade de controlo e o reforço da posição do juiz constitucional (mesmo continuando a empregar a linguagem da proibição do arbítrio), uma vez que este passa a corrigir mais a ação do legislador, diminuindo-lhe a margem de conformação³⁵⁹². Esta evolução, na medida em que acentua a possibilidade de o juiz substituir as noções de correto, justo e razoável do legislador pelas suas, configura uma transferência de competências do legislador para o órgão de controlo que é objeto de persistente debate na doutrina constitucional³⁵⁹³.

³⁵⁹¹ V. o debate em «**Christoph Link, Der Gleichheitssatz ...**», *cit.*

³⁵⁹² V. **Maaß**, «Die neuere Rechtsprechung...», pp 16 ss.; **Mancebo**, «Igualdade...», p. 180; **Albers**, «Gleichheit ...», p. 946.

³⁵⁹³ V. a discussão em **Alexy, A Theory...**, pp. 273 ss., e autores citados. Esta versão intensificada permite enfrentar as críticas de quem adverte que por vezes não basta analisar a classificação em si mesma (isto é, realizar um simples controlo da razoabilidade da discriminação à luz do fim que se pretende atingir), mas é necessário ter em conta os interesses que são afetados ou servidos pela discriminação/classificação e corrigir soluções legislativas através de decisões judiciais ampliativas, por exemplo, em casos de *underinclusiveness*. V. o caso que **Beatty, The Ultimate...**, p. 96, apresenta criticamente, julgado pelo Supremo Tribunal do Canadá, *R v. Hess* (1990), incidente sobre a discriminação entre raparigas e rapazes realizada por uma norma legislativa que penalizava as agressões sexuais às primeiras mas não aos segundos. Esta discriminação pode parecer justificada à luz do critério de que as agressões sexuais contra raparigas têm características, perigosidade e frequência específicas que justificam uma especial atenção e tratamento, mas depois não resiste a uma ponderação dos interesses satisfeitos e não satisfeitos pela medida. Qual o interesse que justifica (que é beneficiado) por uma lei só conter medidas contra a agressão sexual contra raparigas e não contra rapazes (caso de *underinclusiveness*)? A comparação entre um eventual interesse das raparigas beneficiarem de um regime exclusivamente dedicado à prevenção de agressões sexuais contra elas, em contraponto com o interesse dos rapazes também receberem esse tipo de proteção legal não mostra supremacia daquele primeiro. **Beatty** (*ob. cit.*, p. 97) também discute (e critica) o caso da lei sul-africana, emitida por Nelson Mandela aquando da sua posse como presidente, que

1.4.3. ... até uma conceção assimétrica das intensidades de controlo

Trata-se do modelo coerente com o ambiente de uma constituição *prima facie*.

O paradigma deste modelo vem dos Estados Unidos. Como estudámos detidamente³⁵⁹⁴, vigora aí, por impulso jurisprudencial, um sistema de testes de escrutínio da observância do princípio da igualdade ordenados segundo uma *escala de intensidades* (as *sliding scales*, escalas ou balanças variáveis, propagadas pelo juiz Thurgood Marshall). O Supremo Tribunal aplica seletivamente três níveis de escrutínio (*tiers of scrutiny*) nos casos de *equal protection*. Embora nem sempre seja claro o critério, o sentido geral é a ligação de cada um dos testes a diferentes graus de importância dos fins prosseguidos com a norma diferenciadora (*compelling*, ou somente importantes ou constitucionalmente legítimos) e, sobretudo, à maior ou menor proximidade em relação ao núcleo central de proteção da cláusula da *equal protection*. Por exemplo: os casos em que há classificações diferenciadoras baseadas na raça, condição social e na origem geográfica ou nacionalidade (*suspect classifications*), ou que afetam o exercício igualitário de direitos fundamentais, são sujeitos ao *strict scrutiny*, em princípio (há alegações de que nem sempre isso sucede); os casos em que é feita diferenciação na base de critérios *quase-suspeitos*, como o género e o nascimento fora do casamento, num contexto de discriminação positiva (*affirmative action*), são sujeitos ao *intermediate scrutiny*; a *rational basis* ou *minimal scrutiny* aplica-se por defeito às situações não cobertas pelos demais testes, de classificações *não suspeitas*, designadamente aos casos de diferenciação económica ou em que é feita diferenciação em razão da saúde mental³⁵⁹⁵. Por vezes fala-se de um teste de *rational basis* reforçado (*with a bite*).

indultava as mães de filhos pequenos (mas não os pais) que tivessem sido presas por crimes não violentos (*Hugo v. South Africa*). Mas aqui parece que a questão é menos clara, pelo menos nos casos em que os pais não fossem o único progenitor vivo ou conhecido ou disponível (quando o fossem talvez não haja razão para a discriminação).

³⁵⁹⁴ Capítulo 3.

³⁵⁹⁵ **Pulido**, «El juicio de la igualdad...», pp. 8 ss.; **Bishop**, «Rationality is dead!...», *cit.*; **Price**, «The content and justification of rationality review», *idem*, pp. 37-74.

Na Alemanha, o *BVerfG* procedeu a um processo de gradação da aplicação da *neue Formel* que acabou por relativizar a distinção entre as expressões processuais desta e da *Willkürverbot*, podendo falar-se de uma escala de exame deslizando aplicável consoante o caso de que se trate³⁵⁹⁶. Por outro lado, a aplicação deixou de estar estritamente vinculada a critérios gerais e abstratos para adquirir flexibilidade perante o caso concreto³⁵⁹⁷.

O controlo pode oscilar entre um grau máximo, de controlo intenso (que pode cair no *'strict' in theory and fatal in fact*, no aforismo de GERALD GUNTHER³⁵⁹⁸), ou um grau mínimo, deferencial para com o legislador (presunção de constitucionalidade, carga de argumentação sobre quem contesta a norma, decisão desfavorável à norma apenas em situações de evidência). No intervalo, podem conceber-se numerosas situações de grau intermédio de escrutínio (*intermediate scrutiny*).

2. Colisões entre posições jurídicas subjetivas derivadas do princípio da igualdade e outros bens, interesses ou valores

É tema de controvérsia se o princípio da igualdade tem natureza essencialmente objetiva ou subjetiva. Há reflexos dessa controvérsia na doutrina nacional³⁵⁹⁹.

De um dos ângulos possíveis, poderia sustentar-se que o princípio da igualdade se desdobra num conjunto de proibições, comandos e permissões dirigidas ao legislador, sem que isso tenha como contrapartida a geração de qualquer posição jurídica subjetiva dos particulares. O legislador tem o *dever* de tratar situações iguais de forma igual, sem que possa dizer-se que há um *direito* ou uma posição jurídica subjetiva de cada indivíduo a ser tratado igualmente em situações iguais; ou o

³⁵⁹⁶ Assim, **Albers**, «Gleichheit ...», p. 946: com esse fundo, a jurisprudência da primeira e da segunda câmara tendeu a aproximar-se.

³⁵⁹⁷ **Albers**, «Gleichheit ...», p. 946.

³⁵⁹⁸ «The Supreme Court, 1971 Term – Forward: in Search of Evolving Doctrine on a challenging Court: A Model for a Newer Equal Protection», in *Harvard Law Review*, vol. 86 (1972), p. 8.

³⁵⁹⁹ V. **Miranda**, *Manual...*, IV, 5.ª ed., p. 284; diferentemente, **Canotilho/Moreira**, *Constituição...*, I, 4.ª ed., p. 337. Sem tomar posição clara, mas falando de princípio "em certa medida subjetivizado", **Lúcia Amaral**, «O Princípio...», p. 36; **Maria da Glória Garcia**, *Estudos...*, p. 67, aludindo a "verdadeiras pretensões jurídicas para os particulares", decorrentes das normas especiais de igualdade.

legislador tem o *dever* de tratar desigualmente situações desiguais sem que possa afirmar-se que há um *direito* ou uma situação jurídica subjetiva de cada indivíduo a receber tratamento diferente (sendo, eventualmente, positivamente discriminado) em situações diferentes. Aceite esta perspetiva, o princípio da igualdade teria uma estrutura essencialmente objetiva, não obstante os *reflexos subjetivos* que o seu (in)cumprimento possa provocar.

Outra possibilidade seria dizer-se que o princípio da igualdade se materializa em reais posições jurídicas subjetivas, ativas e passivas³⁶⁰⁰. Sem pretensões de exaustividade, seria o caso do *direito* a ser tratado de forma igual em situações iguais, ou do *direito* (ou *imunidade*) a não ser prejudicado ou privado de um direito em razão de ascendência, sexo, raça, língua, nascimento fora do casamento, etc., ou do *direito* a ser positivamente discriminado em certas situações de desigualdade objetiva³⁶⁰¹; ou do *não direito* a ser privilegiado, beneficiado ou isento de um dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, nascimento fora do casamento (etc.)³⁶⁰². Não ofuscando o sentido *objetivo* inerente à natureza de princípio geral do Estado de Direito, a decomposição estrutural subjetivista do princípio da igualdade permitiria o seu enquadramento nos direitos negativos, de liberdade ou de defesa e até nos direitos positivos, quando se pudesse falar de *direitos* a ações de promoção da igualdade ou até de prestação do legislador³⁶⁰³.

A leitura subjetiva do princípio tem, contudo, limitações.

Por um lado, a concretização da maioria das posições jurídicas subjetivas derivadas do princípio da igualdade depende de conformação legislativa, sujeita a uma

³⁶⁰⁰ Numa linha que remonta a **Leibholz, *Die Gleichheit...***, apud **Alexy, *A Theory...***, p. 285: para aquele autor, os direitos subjetivos que resultam do princípio da igualdade têm uma natureza essencialmente negativa, como os direitos de defesa; v., também, **Borowski, *Grundrechte...***, pp. 364 ss.; *idem*, ***La estructura...***, p. 186; **Pulido**, «El juicio de la igualdad...», p. 1.

³⁶⁰¹ Sobre as objeções que se têm erguido contra esta subjetivação de um direito à discriminação positiva e a forma de as superar v., em geral, **Borowski, *La estructura...***, pp. 189 ss.

³⁶⁰² Cfr. **Alexy, *A Theory...***, pp. 285 ss.; **Borowski, *La estructura...***, pp. 117 ss.

³⁶⁰³ **Alexy, *A Theory...***, pp. 280, 285. O autor elabora sobre o direito *prima facie* à igualdade legal e o direito *prima facie* à igualdade factual. Todos estes direitos se inserem num dos três tipos de direitos que resultam do princípio geral de igualdade: direitos de igualdade abstratos definitivos, direitos de igualdade concretos definitivos e direitos igualdade abstratos *prima facie*.

liberdade do legislador em regra mais extensa do que a que vigora nos direitos de liberdade³⁶⁰⁴.

Por outro lado, há posições jurídicas subjetivas dogmaticamente inviáveis. Não parece, por exemplo, que se possa conceber um *direito* dos indivíduos a que os *demais* sejam tratados de forma desigual ou de forma igual pela lei: os trabalhadores do setor público não veem inscrito na sua esfera jurídica individual o *direito* a que os trabalhadores do setor privado sejam tratados da mesma forma ou a que sofram reduções salariais ou perdas de rendimento equivalentes.

Porém, aceitando com as devidas cautelas e distâncias a derivação de posições jurídicas subjetivas do princípio da igualdade, tem de se admitir que podem sobrevir colisões entre essas posições jurídicas subjetivas e outros bens, interesses ou valores cuja superação requeira operações de ponderação³⁶⁰⁵.

A situação pode ser vista como eminentemente académica, mas não o é totalmente, como já o demonstrou o Tribunal Constitucional quando, apesar de ter apurado que algumas normas violavam o princípio da igualdade, limitou os efeitos da sua decisão com fundamento na necessidade de proteção de interesses públicos de excecional relevo (artigo 282.º, n.º 4)³⁶⁰⁶. Para produzir uma decisão com semelhante teor, o Tribunal teve de *ponderar* os bens, interesses ou valores de igualdade que a norma julgada inconstitucional punha em causa e outros bens, interesses ou valores, designadamente os que se abrigam sob a designação de "interesses públicos de excecional relevo". Dessa ponderação resultou a atribuição de precedência a estes últimos e a sucumbência concreta das posições jurídicas subjetivas filiadas ou decorrentes da aplicação do princípio da igualdade. Com este perfil, esta situação recai no âmbito de aplicação do princípio da proibição do excesso³⁶⁰⁷.

³⁶⁰⁴ Frisando este ponto, **Ravi Pereira**, «Igualdade...», p. 360.

³⁶⁰⁵ V., porém, **Michael**, «Los derechos de igualdad...», p. 147, sustentando que as componentes centrais do9 princípio geral de igualdade têm a natureza de regras e não de princípios (o que excluirá, dentro do quadro da teoria dos princípios, a ponderação).

³⁶⁰⁶ Cfr. acórdão 353/12: o Tribunal Constitucional decidiu limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, determinando que eles não se aplicassem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias de Natal, ou prestações equivalentes, de 2012. Trata-se de uma decisão de provimento fictício: cfr. os nossos ***Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional. Os seus efeitos em particular***, *cit.*, pp. 100 ss.; ***Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional***, *cit.*, pp. 203 ss.

³⁶⁰⁷ Nesta situação específica coincidimos com a doutrina que sustenta que o próprio Tribunal Constitucional está sujeito ao princípio da proibição do excesso quando recorre ao artigo 282.º, n.º

4: assim, **Rui Medeiros**, *A decisão de inconstitucionalidade*, pp. 716 ss.; **Miranda**, *Manual...*, p. 306. Esta conclusão não é de todo incomum. V., por exemplo, **Guerrero**, «El principio de proporcionalidad y el legislador...» p. 139, afirmando que o princípio da proporcionalidade é um parâmetro de controlo do próprio juiz constitucional.

Vinte e oito

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

1. O princípio constitucional de proteção geral da confiança

O princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutz*)³⁶⁰⁸ interessa-nos porque é um instrumento de mediação de operações de harmonização efetuadas pelo legislador e um parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas legislativas³⁶⁰⁹. Trata-se da norma-princípio, de gestação essencialmente

³⁶⁰⁸ Na exposição subsequente desenvolvemos as linhas essenciais apresentadas em **Canas**, «Constituição *prima facie*..», *cit.* Dispensamo-nos, porém, de remissões sistemáticas para esse trabalho.

³⁶⁰⁹ O princípio tem aplicações que vão além disso, valendo em vários setores do ordenamento jurídico, regidos pelo direito privado ou público. Entre extensa bibliografia em relação ao direito público, v. **Johannes Mainka**, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1963; **Eberhard Grabitz**, «Vertrauensschutz als Freiheitsschutz» in *Deutsches Verwaltungsblatt*, ano 88, Heft 18, (1973), pp. 680 ss.; **Volkmar Götz**, «Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz», in Christian Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Zweiter Band. Verfassungsauslegung*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, pp. 421 ss.; **Hans Huber**, «Vertrauensschutz – Ein Vergleich zwischen Recht und Rechtsprechung in der Bundesrepublik und in der Schweiz» in Bachof, Heigl, Redeker, (Coord.). *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*. C. H. Beck, München, 1978, pp. 317 ss.; **Beatrice Weber-Dürler**, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Helbing und Lichtenhahn, Basel e Frankfurt am Main, 1983; **Klaus-Dieter Borchardt**, *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Schriftenreihe Europa-Forschung. Band 15, N. P. Engel, Kehl-Strassburg-Arlington, 1988; **Stefan Muckel**, *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989; **Eugenie Prevedourou**, *Le Principe de Confiance Légitime en Droit Public Français*, P. N. Sakkoylas, Atenas, 1998; **Sylvia Calmes**, *Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*, tese de doutoramento, 2000, acedida em <http://www.u-paris2.fr/html/recherche/Theses%20en%20ligne/DR0010.pdf>; **Robert Thomas**, «*Legitimate Expectations and Proportionality...*», *cit.*; **Morais**, «Segurança Jurídica e Justiça Constitucional», *cit.*; *idem*, *Curso...*, *cit.*, II, 2, pp. 750 ss.; **Kyrrill-A. Schwarz**, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*, Nomos, Baden-Baden, 2002; **Javier García Luengo**, *El Principio de Protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002; **Gary S. Schaal**,

jurisprudencial, com raiz no princípio do Estado de direito (artigo 2.º³⁶¹⁰), que determina que *as autoridades públicas não contrariem ou afetem com os seus atos as expetativas legítimas dos particulares, a não ser que um interesse de peso superior justifique essa afetação*³⁶¹¹.

Também este instrumento medeia operações que conduzem a que aquilo que é *prima facie* tutelado pela Constituição - neste caso, expetativas de particulares -, ceda perante razões com maior peso³⁶¹². Com esta configuração, pode, aliás, falar-se de um *princípio constitucional de proteção geral da confiança* vigente nas relações jurídicas públicas³⁶¹³

Vertrauen, Verfassung und Demokratie. Über den Einfluss konstitutioneller Prozesse und Prozeduren auf die Genese von Vertrauensbeziehungen in modernen Demokratien, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2004; **Novais, Os princípios...**, pp. 261 ss.; **Lúcia Amaral, A forma da República...**, cit., pp. 180 ss.; *idem*; «A proteção da confiança», in Carla Amado Gomes (org.), *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*, ICJP, Lisboa, 2012, pp. 21-29 (e-book acessível através da internet); **Daphne Barak-Erez**, «The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests», in *European Public Law*, vol. 11 (2005), pp. 583 ss. (com referências bibliográficas da literatura anglo-saxónica); **Hartmut Maurer**, «Kontinuitätsgewährung und Vertrauensschutz», in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, 3.ª ed., 2006; **Andreas von Arnould, Rechtssicherheit - Perspektivische Annäherungen an eine Idee directrice des Rechts**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006; **João Carlos Loureiro**, «Proteger é preciso, viver também: a jurisprudência constitucional portuguesa e o direito de segurança social», in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 255 ss.; **Valter Shuenquener de Araújo, O Princípio da Proteção da Confiança**, Impetus, Niterói, 2009; *idem*, - «O princípio da proteção da confiança», acedido em <http://www.impetus.com.br/atualizacao/download/122/material-de-apoio---o-principio-da-protecao-da-confianca>, em Dezembro de 2013; **Otero, Direito Constitucional...**, pp. 87 ss.; **Gouveia, Manual...**, II, pp. 806 ss.; **Paulo Mota Pinto**, «A proteção...», cit.

³⁶¹⁰ Cfr. **Miranda/Medeiros, Constituição...**, I, pp. 99 e 102 ss.; **Paulo Mota Pinto**, «A proteção...», pp. 163-164 (sublinhando, porém, a *dificuldade, fluidez e não positivação* expressa do princípio). A difusão do princípio é relativamente limitada fora do espaço germânico, o que leva **Alexandrino**, «Jurisprudência da Crise...», pp. 66-67, a considerar "suspeito o facto, de no universo dos Estados constitucionais, não ser generalizada nem frequente a utilização da "fórmula" *germânica* da proteção da confiança".

³⁶¹¹ Outras definições em **Luís Roberto Barroso**, «Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais», in *Revista de Direito do Estado*, nº 2, 2006, p. 276; **Araújo**, «O princípio da proteção...», pp. 73 ss.

³⁶¹² Converte-se com **Maria Lúcia Amaral**, «A proteção da confiança», p. 26, no ponto em que sublinha a *instrumentalidade* do princípio e escreve que ele é "antes do mais um método de ponderação" que habilita a "resolver antinomias [...] entre interesses individuais e bens comunitários."

³⁶¹³ A existência de um princípio de proteção *geral* da confiança é, contudo, contestado por boa parte da doutrina, com base nos desenvolvimentos do direito privado: cfr. **Paulo Mota Pinto**, «A proteção...», pp. 165, 168, com referências à doutrina privatística (entre nós, por exemplo, **Manuel Carneiro da Frada, Teoria da confiança e responsabilidade civil**, Almedina, Coimbra, 2007). Todavia, é duvidoso que se possa invocar um paralelo estrito entre as vinculações próprias do espaço privado e aquelas que decorrem da relação entre o Estado e os particulares. Por outro lado, o princípio geral que se menciona no texto comporta o carácter *prima facie* e está sujeito à

2. As sucessivas "fórmulas" da proteção da confiança

Como se referiu em momento anterior³⁶¹⁴, o Tribunal Constitucional desenhou o princípio da proteção da confiança em quatro etapas (não necessariamente cronológicas), que correspondem a quatro fórmulas sucessivamente mais aperfeiçoadas e densificadas: (i) fórmula antiga; (ii) fórmula intermédia ou dos dois critérios; (iii) nova fórmula, ou dos quatro requisitos; (iv) nova fórmula mais ou dos quatro requisitos mais um.

2.1. A fórmula antiga

O princípio da proteção da confiança teve as suas aplicações iniciais na doutrina da Comissão Constitucional³⁶¹⁵. A sua primeira âncora foi o *primado do Estado de Direito democrático*. Na ausência de consagração expressa deste princípio no articulado original da Constituição, já que só foi introduzido no artigo 2.º pela revisão constitucional de 1982, valia o preâmbulo daquela. O Tribunal Constitucional retomaria essa referência, quase sem alterações, nos seus primeiros acórdãos³⁶¹⁶. Já nesta ocasião há alusões a uma estreita ligação entre o princípio da proteção da confiança e uma ideia de proporcionalidade³⁶¹⁷, embora em termos difusos.

derrotabilidade que decorre do desenvolvimento subsequente do texto, pelo que não se vê que se possa traduzir em "artificialidade e rigidez inadmissível".

³⁶¹⁴ V. *supra*, capítulo 5.

³⁶¹⁵ V. a listagem de pareceres e acórdãos relevantes da Comissão Constitucional no acórdão n.º 20/83, n.º 2.2.

³⁶¹⁶ Desde logo no acórdão n.º 11/83 (Martins da Fonseca), incidente sobre uma questão de retroatividade de impostos, sendo também relevante o acórdão n.º 141/85 (Jorge Campinos). Na altura não vigorava ainda a proibição da retroatividade da lei fiscal, tendo os acórdãos discutido se, no caso concreto, o princípio da confiança obstava ou não a essa retroatividade. V., também, os acórdãos n.ºs 20/83 (com declaração de voto relevante de José Magalhães Godinho, frisando pontos que mantêm centralidade na jurisprudência do Tribunal) e 23/83, ambos especificamente sobre a alteração retroativa de regimes de aposentação.

³⁶¹⁷ Esta orientação foi fixada pela Comissão Constitucional, em cujo parecer n.º 14/82 se pode ler: «(...) a retroactividade das leis fiscais será constitucionalmente legítima, quando semelhante retroactividade não for arbitrária ou opressiva e não envolver assim uma violação demasiado

2.2. A fórmula intermédia

A fórmula intermédia não constituiu uma rutura em relação à antiga, mas antes uma tentativa de maior precisão. No acórdão n.º 287/90³⁶¹⁸ o Tribunal fixou que há violação do princípio se se verificar uma afetação *inadmissível, arbitrária* ou *demasiadamente onerosa* de expectativas juridicamente tuteladas. Para aferição da inadmissibilidade, arbitrariedade ou onerosidade da afetação, definiu uma *fórmula de dois critérios*:

“a) afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda

b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, desde a 1.ª revisão).”

Mesmo relevando a indeterminação de muitos dos conceitos utilizados, porventura inevitável, estes dois critérios suscitam comentários e interrogações. Embora o segundo critério aponte explicitamente para a incorporação de um juízo de proporcionalidade³⁶¹⁹, não é esclarecido se esse juízo é o mesmo que vale para a restrição de direitos de liberdade ou se tem uma estrutura diferente, designadamente no que concerne aos seus segmentos.

acentuada do princípio da confiança do contribuinte. Equivale isto a dizer — visualizada a questão de outro ângulo — que a retroactividade tributária terá o beneplácito constitucional sempre que razões de interesse geral a reclamem e o encargo para o contribuinte se não mostrar desproporcionado — e mais ainda o terá se tal encargo aparecia aos olhos do contribuinte como verosímil ou mesmo como provável.»

³⁶¹⁸ Relatado por Sousa Brito, incidente sobre normas que alegadamente restringiam retroativamente o direito de recurso.

³⁶¹⁹ Com referência ao artigo 18.º, n.º 2, que a jurisprudência do Tribunal invoca (impropriamente) quando estão em causa restrições de direitos, liberdades e garantias.

Quanto ao momento ponderativo (ou de "proporcionalidade", no dizer do Tribunal³⁶²⁰), por um lado o Tribunal indica que a variável a contrapesar do lado da *componente ativa*, isto é, dos bens, interesses ou valores que a norma sob julgamento visa satisfazer ou tutelar, é a dos "direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"³⁶²¹. Essa formulação abarca, por conseguinte, quer direitos fundamentais quer interesses de ordem geral constitucionalmente protegidos. Mas logo de seguida precisa que "é necessário averiguar se o *interesse geral* que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança"³⁶²². Nesta precisão fica pelo caminho a vertente dos direitos.

Por outro lado, quanto à *componente passiva* da equação ponderativa, isto é, aos bens, interesses ou valores sacrificados pela norma, também não há uma indicação inequívoca: fala-se de "*interesse individual*", o que parece traduzir uma abordagem predominantemente *subjetivista*; mas essa abordagem é logo mesclada por uma referência ao *interesse na previsibilidade de vida jurídica*, que tem uma manifesta componente *objetiva*, vinculada ao interesse geral da comunidade num ambiente de previsibilidade da evolução e contexto normativo.

2.3. A nova fórmula

Quase vinte anos depois, o Tribunal reequacionou a sua posição através de uma nova fórmula (*fórmula dos quatro requisitos*)³⁶²³. Tal como sucede com a nova fórmula do princípio da igualdade, também a nova fórmula do princípio da proteção da confiança é geralmente apresentada como uma mera reconstrução ou clarificação

³⁶²⁰ Em alguns casos, acrescenta-se menção à "razoabilidade", sem explicitação do que isso significa *a mais* ou *diferente* da proporcionalidade: v. acórdão n.º 302/06.

³⁶²¹ V. essa fórmula, também, nos acórdãos n.ºs 303/90 e 99/99.

³⁶²² Acórdão n.º 287/90, n.º 28, *itálico* aditado.

³⁶²³ Acórdão n.º 128/09. A relatora, Lúcia Amaral, havia já enunciado *mutatis mutandis* esta interpretação dos critérios do princípio da proteção da confiança em ***A forma da República...***, *cit.*, p. 183.

da orientação anterior. No entanto, ela representa uma evolução significativa³⁶²⁴. Vejamos como é explicitada pelo Tribunal:

«Para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspetiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa»³⁶²⁵.

Os quatro requisitos são de verificação sucessiva e cumulativa. Para que a proteção *prima facie* das expectativas se torne *definitiva* em concreto, é necessário que esteja preenchido o primeiro requisito, da *existência de expectativas*, mais o segundo requisito, da *legitimidade das expectativas*, mais o terceiro requisito, da *causalidade das expectativas* em relação a planos dos particulares, mais o quarto requisito, do *maior peso das expectativas* em relação ao bem, interesse ou valor prosseguido pela norma legislativa. Como veremos, isto pode ser formulado de forma reversa, se privilegiarmos o ângulo dos *requisitos necessários à prevalência* do bem, interesse ou valor *prosseguido* pela norma legislativa.

A falha de algum dos requisitos é prejudicial em relação à apreciação dos subsequentes³⁶²⁶. Isto é particularmente notório na transição entre os três primeiros e o quarto: quando algum daqueles não está preenchido, o Tribunal não procede à operação de ponderação exigida por este.

A delimitação dos três primeiros requisitos prolonga alguma indeterminação sobre o respetivo sentido e elementos densificadores e não suprime nem reduz significativamente o principal problema que eles suscitam: a prova, demonstração ou fundamentação do *facto* da existência de expectativas e da respetiva

³⁶²⁴ Diferentemente, **Paulo Mota Pinto**, «A proteção...», pp. 140, 167.

³⁶²⁵ Acórdão n.º 128/09. Note-se, todavia, que a enunciação dos requisitos não segue sempre o mesmo figurino: v., por exemplo, acórdão n.º 187/13, n.º 32.

³⁶²⁶ **Lúcia Amaral**, «A proteção da confiança», p. 25.

intensidade³⁶²⁷. Quanto ao quarto requisito ou teste, mantém na penumbra alguns aspetos fundamentais da respetiva *estrutura*³⁶²⁸. No entanto a nova fórmula constitui uma mais-valia em termos de estruturação *racionalizadora* do processo discursivo do Tribunal Constitucional³⁶²⁹. A continuidade do esforço de aperfeiçoamento dessa estruturação racionalizadora parece crucial num domínio em que a jurisprudência do Tribunal tem emitido indicações não lineares³⁶³⁰.

Por exemplo, o acórdão n.º 187/13 parece reduzir o quarto teste a uma operação de ponderação equivalente ao controlo da *proporcionalidade em sentido estrito*, confrontando o peso e intensidade de satisfação e sacrifício dos bens, interesses ou valores conflitantes. Nenhuma referência é feita a outros segmentos que poderiam ser assimilados aos segmentos do princípio da proporcionalidade em sentido amplo³⁶³¹.

Em contrapartida, o que no acórdão n.º 862/13 se entende ser a operação de ponderação própria do quarto teste é diferente.

Primeiro, porque o juiz constitucional não chegou a efetuar uma verdadeira operação de valoração e confrontação do *peso* das expectativas e do *peso* dos bens,

³⁶²⁷ Essa supressão ou redução significativa seria, aliás, impossível. As apreciações de facto, através de diagnósticos ou prognósticos, sobre a existência de uma *expectativa*, circunstância do foro espiritual e subjetivo de cada um, sem manifestações precisas no mundo sensível, revestem na maior parte dos casos um carácter meramente conjectural ou presuntivo, fazendo assentar o princípio da proteção da confiança em bases empíricas ainda mais incertas do que as que geralmente sustentam a aplicação da proibição do excesso ou da proibição do defeito, para citar apenas outros dois instrumentos de ponderação e harmonização. Acentuando este aspeto na leitura da "jurisprudência da crise" sobre proteção da confiança e adotando uma perspetiva geralmente crítica em relação às avaliações do Tribunal Constitucional (quase "impressionistas"), **Paulo Mota Pinto**, «A proteção...», pp. 169 ss.

³⁶²⁸ Convergente, **Paulo Mota Pinto**, «A proteção...», pp. 167-168. Como parece ser o sentido das palavras de **Lúcia Amaral**, «A proteção da confiança», p. 28, talvez boa parte da indeterminação seja inevitável.

³⁶²⁹ **Paulo Mota Pinto**, «A proteção...», p. 167, expressa uma visão mais cética: o facto de a jurisprudência se ter "aparelhado" com os quatro "testes" não constitui qualquer garantia de maior certeza ou previsibilidade das decisões do Tribunal Constitucional.

³⁶³⁰ É significativo o reconhecimento por **Lúcia Amaral**, «A proteção da confiança», p. 25, de que persistem aspetos da aplicação do princípio pouco definidos e problemáticos.

³⁶³¹ Acórdão n.º 187/13, n.º 66: "Sendo certo que se verificam, de forma clara e em grau elevado, todos os pressupostos exigíveis do lado da tutela da confiança, a dúvida só pode residir na relevância do interesse público que determinou a alteração legislativa, questão que remete para um controlo da *proporcionalidade em sentido estrito*, e para a ponderação entre a frustração da confiança, com a extensão de que esta se revestiu, e a intensidade das razões de interesse público que justificaram a alteração legislativa" (itálico no original).

interesses ou valores efetivamente prosseguidos (no entender do Tribunal)³⁶³² pelas normas apreciadas ou os nominalmente invocados pelo legislador³⁶³³. Segundo, porque dentro daquele quarto teste o Tribunal inseriu a averiguação e demonstração do *verdadeiro* fim prosseguido pelo legislador. Nesse contexto, o juiz constitucional apurou um desvio de fim, ou "*desvio funcional*"³⁶³⁴: as normas apreciadas prosseguiram efetivamente o fim conjuntural de consolidação orçamental e não os (alegados) fins de sustentabilidade financeira do sistema de proteção social da Caixa Geral de Aposentações, de convergência dos dois sistemas públicos de proteção social ou a justiça intra e intergeracional³⁶³⁵. Ora, o enquadramento dogmático desse tema no contexto do quarto teste suscita algumas questões: a determinação do fim não é um *elemento estrutural* do princípio da proteção da confiança, mas sim um *pressuposto* da sua aplicação. Isso tem consequências do ponto de vista da metódica aplicativa. Se na fase de determinação do fim se verificar a sua inexistência, indeterminabilidade ou ilegitimidade, a norma é inválida, ficando prejudicada a aplicação dos quatro testes. Ao invés, se o Tribunal concluir simplesmente pela ocorrência de *desvio de fim*, isso em princípio não tem relevância invalidante autónoma. Dispondo o legislador de liberdade de conformação do fim, o desvio de fim não constitui fundamento invalidante da norma, salvo situações que, a existirem, serão sempre excecionais. A verificação do desvio de fim é apenas

³⁶³² Evidenciando algumas "perplexidades" que o acórdão n.º 862/13 suscita no que toca ao valor e alcance do princípio da proteção da confiança, **Alexandrino**, «Jurisprudência da Crise...», p. 65. O autor sustenta, designadamente, que o "Tribunal Constitucional absolutizou a proteção da confiança, procedendo à respetiva aplicação, não segundo uma fórmula de ponderação, mas como se de uma verdadeira regra se tratasse."; também, **Coutinho**, «Formular e Prescrever...», *cit.*, pp. 250 ss.

³⁶³³ A certo passo o Tribunal usa a imagem do peso, mas trata-se do peso da adoção da medida concreta e não do peso dos próprios interesses prosseguidos pela medida: "[a]ssim, a adoção da medida concreta não reveste um peso importante para efeitos da prossecução dos interesses públicos da sustentabilidade, do equilíbrio intergeracional e da convergência dos regimes de proteção social" (n.º 42).

³⁶³⁴ Acórdão n.º 862/13, n.º 39.

³⁶³⁵ Expõe o Tribunal no mesmo acórdão: "[s]oluções sacrificiais motivadas por razões de insustentabilidade financeira dirigidas apenas aos beneficiários de uma das componentes do sistema (...) são, por isso, necessariamente assistémicas ou avulsas e enfermam de um desvio funcional: visam fins – evitar, com o sacrifício exclusivo dos pensionistas da CGA, o aumento das transferências do Orçamento do Estado – que não se enquadram no desenho constitucional de um sistema público de pensões unificado" (n.º 39); "[a] igualação da taxa de formação da pensão, considerada isoladamente, não pode ser vista como uma medida estrutural de convergência de pensões nem tem qualquer efeito de reposição da justiça intergeracional ou de equidade dentro do sistema público de segurança social. Representa antes uma mera medida avulsa de redução de despesa (...)" (n.º 40); " (...)a redução de pensões é uma *medida conjuntural* para resolução de problemas imediatos de equilíbrio e consolidação orçamental e não uma medida que vise a sustentabilidade financeira da Caixa." (n.º 43).

indiretamente relevante, na medida em que prenuncie uma relação provavelmente inconsistente entre o meio adotado e os fins invocados (mas não prosseguidos, ou não prosseguidos principalmente) pelo legislador: quando os meios adotados são adequados para prosseguir o fim real, presumivelmente não o são para satisfazer os fins nominais e vice-versa. Neste contexto, a verificação do desvio funcional *pré-estrutura* ou condiciona a aplicação do quarto teste, mas não o integra.

Terceiro, a ponderação (essa sim pertencente à estrutura do princípio da proteção da confiança) que o Tribunal realizou foi somente a "ponderação" da *adequação* das soluções resultantes das normas apreciadas. Sem nunca aludir a um eventual segmento da adequação ou idoneidade, o Tribunal debateu exaustivamente se a medida legislativa era ou não *adequada* para prosseguir os fins *nominalmente* invocados pelo legislador, isto é, a convergência entre regimes de proteção social (da Caixa Geral de Aposentações e do regime geral), a sustentabilidade do sistema da Caixa e a justiça intra e intergeracional, concluindo pela negativa. A "ponderação" inerente ao quarto requisito circunscreveu-se a isso: um juízo essencialmente empírico-factual. Não foi efetuada uma verdadeira ponderação, entendida como uma operação de balanceamento do peso de bens, interesses ou valores colidentes. Acresce ainda, em quarto lugar, que o juízo de adequação efetuado parece mais próximo daquele que é estruturalmente típico do segmento da eficiência exigível da *proibição do defeito*, do que daquele que pertence à estrutura da *proibição do excesso*: as normas legislativas são declaradas inconstitucionais por *afetação desproporcional* do princípio da proteção da confiança³⁶³⁶ por não serem suficientemente eficientes ou por não terem virtualidade suficiente para atingir aqueles fins³⁶³⁷. Por outras palavras, não basta que as normas legislativas sejam

³⁶³⁶ Acórdão *cit.*, n.º 45.

³⁶³⁷ Parece poder extrair-se essa ilação de alguns locais onde o tema da adequação encontra expressão. Por exemplo: "[A] redução de pensões *não é uma medida com virtualidade* para garantir a sustentabilidade de um sistema que, por ser fechado, é em si mesmo insustentável a médio e longo prazo" (n.º 39, *itálico* aditado); "[a] circunstância da redução de pensões abranger apenas uma parte dos beneficiários do sistema social convergente – os inscritos antes de agosto de 1993 – isolada dos demais elementos que formam o sistema de segurança social, acaba por ser uma *solução inadequada* e potencialmente injusta perante o sistema" (n.º 42, *itálico* aditado); "uma solução «isolada» e em contradição com o princípio da responsabilidade coletiva pelo sistema, *não é uma solução adequada* à unidade do sistema, nem é capaz de assegurar, só por si, a necessária equidade." (n.º 42, *itálico* aditado); "as medidas legislativas que visem atingir esses objetivos devem ser ponderadas e concebidas dentro do próprio sistema como uma sua reforma estrutural, sob pena de não alcançarem os referidos desideratos e traduzirem-se apenas em *reduções imediatas de despesa*, que, face aos seus efeitos imediatos, pouco se adequarão a produzir efeitos de base." (n.º 42, *itálico* no original).

adequadas a aproximar ou promover minimamente os fins visados, como impõe em regra o segmento da adequação da proibição do excesso. Mais do que isso, aquelas normas têm de ser suficientemente eficientes na satisfação daqueles fins, o que só é possível, diz o Tribunal, através de "reformas sustentáveis e duradouras no tempo" e não de "medidas abruptas e parcelares", com efeitos "volatilizáveis". A prossecução daqueles interesses, "pelo seu carácter estrutural, exige [...] medidas pensadas num contexto global dos regimes de proteção social".

A jurisprudência constitucional deixa portanto em aberto relevantes questões sobre a estrutura do quarto teste: trata-se da aplicação do mesmo princípio da proporcionalidade que se aplica às restrições de direitos ou de um teste igual? Se sim, a expressão "igual" deve ser levada às últimas consequências ou a "igualdade" é uma igualdade na diversidade? Trata-se de proporcionalidade como proibição do excesso ou de proporcionalidade como proibição do defeito? Quais os segmentos de que se decompõe? Qual a estrutura desses segmentos?

As zonas de penumbra são, aliás, mais extensas. Tomada à letra, a nova fórmula indica que a vertente ativa da equação ponderativa é preenchida pelas "*razões de interesse público* que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa". Mais uma vez, servem de bons exemplos os acórdãos n.ºs 187/13 e 862/13, quando aludem, respetivamente, à "relevância do interesse público que determinou a alteração legislativa" ou às "razões de interesse público que justificam a não continuidade das soluções legislativas"³⁶³⁸. Aparentemente, a hesitação que transparecia da fórmula intermédia terá sido superada a favor de uma orientação objetivista: as expectativas a que a Constituição confere tutela *prima facie* só têm de ceder se houver um *interesse público* que sobre elas deva prevalecer em concreto³⁶³⁹. Se assim for, o que não é seguro (desde logo porque se continua a invocar em simultâneo a fórmula intermédia³⁶⁴⁰), tratar-se-á de opção que não é de pequena monta e cujo fundamento material não é autoevidente.

³⁶³⁸ Acórdãos n.ºs 187/13, n.º 66, e 862/13, n.º 27. V., também, acórdãos n.ºs 396/11, n.º 8, e 794/13, n.º 23.

³⁶³⁹ Vai no mesmo sentido **Novais, Os princípios..**, p. 269, mencionando também o princípio da liberdade constitutiva do legislador, como um dos elementos a ponderar no lado ativo.

³⁶⁴⁰ V. acórdãos n.ºs 3/10, n.º 4, 396/11, n.º 8, e 187/13, n.º 31.

A matriz *objetivista* da estrutura da ponderação tem reflexos no modo como o Tribunal define a *vertente passiva*, ou seja, a vertente dos bens, interesses ou valores negativamente afetados pela norma legislativa, que são objeto de contrapeso com os bens, interesses ou valores prosseguidos pela lei.

Analisando os arestos onde é revelado o objeto da ponderação concreta - o que nem sempre sucede³⁶⁴¹ -, pode concluir-se que o Tribunal desenvolve, não uma, mas pelo menos duas orientações: uma que realça traços *objetivos* e outra que realça traços *subjetivos*. De acordo com a primeira, são ponderadas "*a frustração da confiança, com a extensão de que esta se revestiu e a intensidade das razões de interesse público que justificaram a alteração legislativa*"³⁶⁴². Esta formulação inculca que a ponderação se faz entre a dimensão, extensão ou intensidade da frustração da confiança, enquanto bem, interesse ou valor *objetivo* do Estado de direito protegido *prima facie*, e as razões de interesse público justificativas dessa frustração³⁶⁴³. De acordo com a segunda, "há que proceder a um balanceamento ou ponderação entre os interesses particulares desfavoravelmente afetados pela alteração do quadro normativo que os regula e o interesse público que justifica essa alteração"³⁶⁴⁴. Ou seja, a operação de ponderação consiste no contrapeso dos interesses particulares *subjetivados* sacrificados e do interesse público que a norma visa proteger. Bem interpretada a jurisprudência do Tribunal, onde se lê "interesses particulares" deve ler-se "expetativas dos particulares".

³⁶⁴¹ V., por exemplo, acórdão n.º 3/10, n.º 4. O Tribunal adota uma atitude exigente no que toca à verificação dos três primeiros requisitos, que leva a que frequentemente a apreciação da observância do princípio não passe daí, prejudicando a operação ponderativa (cfr. acórdãos n.ºs 128/09 e 188/09, n.º 5). Por outro lado, mesmo quando a "barreira" daqueles três requisitos é superada, o Tribunal é cauteloso nas operações de ponderação, evitando ao limite desafiar os juízos do legislador e substituí-los pelos próprios (à semelhança do que sucede, aliás, no contexto dos princípios da proibição do excesso e da igualdade), mesmo em situações em que o peso das expetativas parece elevado, como sucede em alguns casos de "cortes" de pensões. Note-se também que quando as operações de ponderação são realizadas, por vezes ou não há explicitação das variáveis (ou de todas as variáveis) que são objeto de contrapeso ou é desenvolvida uma argumentação pouco mais do que minimalista (cfr. acórdão n.º 188/09). Um dos poucos casos em que aquela atitude extremamente cautelosa foi abandonada e em que as magnitudes ponderadas são exaustivamente expostas é o do acórdão n.º 862/13.

³⁶⁴² Acórdão n.º 187/13, n.º 66.

³⁶⁴³ Uma formulação alternativa, também tendencialmente objetivista, poderia ser a do acórdão n.º 304/01, n.º 9: "Haverá, assim, que proceder a um justo balanceamento entre a protecção das expectativas dos cidadãos decorrentes do princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva e conformadora do legislador".

³⁶⁴⁴ Acórdão n.º 396/11, n.º 8. A orientação subjetivista era a que já avultava no acórdão n.º 287/90, n.º 28, como se mencionou acima.

2.4. A nova fórmula *mais*

Além de relevante pelos aspetos sublinhados, o acórdão n.º 862/13 é doutrinariamente marcante porque explicitou a nova fórmula *mais*. Essa fórmula tem duas faces, uma respeitante aos requisitos, outra de natureza processual. A segunda será focada a propósito da intensidade do controlo. Quanto à primeira, traduz-se num regime de *quatro requisitos mais um*.

De acordo com um recorte *negativo* dos quatro requisitos ou testes da nova fórmula, para que o bem, interesse ou valor prosseguido pela norma legislativa possa ser tutelado sem lesão do princípio da proteção da confiança: (i) não podem existir expetativas; (ii) se existirem expetativas, não podem ser consideradas legítimas; (iii) se existirem expetativas legítimas, não podem ter tido efeitos causais relevantes na planificação da vida dos particulares; (iv) se existirem expetativas legítimas com efeitos causais relevantes, não podem ter maior peso do que o bem, interesse ou valor prosseguido pela norma legislativa. Ora, o acórdão n.º 862/13 parece ter atendido a mais um requisito, exigível em certas circunstâncias: a medida legislativa deve conter *soluções gradualistas*, isto é, (v) a sua implementação deve ser feita de forma gradual e diferida no tempo³⁶⁴⁵. Embora a referência a normas de transição não seja estranha à jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da proteção da confiança³⁶⁴⁶, é neste acórdão que à sua ausência são ligadas maiores consequências potenciais.

O reconhecimento da natureza apenas *prima facie* dos chamados *direitos adquiridos*³⁶⁴⁷ - um aprofundamento muito relevante do carácter *prima facie* da

³⁶⁴⁵ Acórdão n.º 862/13, n.º 44.

³⁶⁴⁶ V., por exemplo, acórdão n.º 188/09, onde não estavam em causa "direitos adquiridos" mas meros direitos em formação, "relativamente aos quais o legislador apenas estava vinculado a estabelecer um *regime transitório* que, com respeito pelo princípio da proporcionalidade, permitisse relevar os períodos contributivos cumpridos ao abrigo da legislação anterior" (n.º 4). Na doutrina, v. **Loureiro**, «Proteger é preciso...», p. 378.

³⁶⁴⁷ O Tribunal admite neste acórdão a possibilidade de reduções ou "recálculos" de pensões já atribuídas, se isso for feito num contexto global: "[s]endo necessário - e o Tribunal não discute essa necessidade - alargar o «ónus da insustentabilidade financeira do sistema» - sistema entendido, neste contexto, como qualquer uma ou ambas as componentes do sistema público de pensões que ao Estado cabe organizar e garantir de harmonia com a Constituição e a Lei de Bases da Segurança Social - aos atuais beneficiários, procedendo a reduções e recálculos de pensões já atribuídas, as soluções a

Constituição -, é compensado pelo aditamento de um requisito adicional à estrutura do princípio da proteção da confiança: mesmo que o peso do bem, interesse ou valor prosseguido pela norma legislativa seja superior ao das expetativas dos particulares, se estas tiverem tutela reforçada, como sucede quando o "corte" incide sobre pensões já a pagamento, *terá de haver um regime transitório, que assegure o gradualismo da execução da medida*³⁶⁴⁸.

3. A intensidade de controlo do cumprimento do princípio da proteção da confiança

De um modo geral, o padrão de controlo do princípio da proteção da confiança tem-se pautado por uma assumida autocontenção. Isso tem feito com que raramente as apreciações de facto - diagnósticos e prognósticos - realizadas pelo legislador sejam colocadas em causa. Por outro lado, as ponderações do legislador são por regra protegidas em nome do reconhecimento de extensa liberdade de conformação, traduzida numa ampla liberdade de alteração de regimes legais, mesmo quando isso afeta expetativas de não modificação da lei.

Porém, o padrão de controlo que o Tribunal adotou no acórdão n.º 862/13 foi mais intenso³⁶⁴⁹. As apreciações de facto realizadas pelo legislador, mesmo aquelas que

equacionar não podem deixar de ser perspectivadas em termos do sistema público globalmente considerado, exigindo respostas que salvaguem a justiça do mesmo sistema, tanto no plano *intrageneracional* como no plano *intergeracional*." (acórdão *cit.*, n.º 39; a ênfase da expressão *procedendo a reduções e recálculos de pensões já atribuídas* foi aditada). O Tribunal insiste na ideia noutros trechos. Por exemplo: "[u]ma medida que pudesse intervir de forma a *reduzir o montante de pensões a pagamento* teria de ser uma medida tal que encontrasse um forte apoio numa solução sistémica, estrutural, destinada efetivamente a atingir os três desideratos acima explanados: sustentabilidade do sistema público de pensões, igualdade proporcional, e solidariedade entre gerações"; "o questionamento dos direitos à pensão já constituídos na ótica da sustentabilidade do sistema público de pensões no seu todo e da justiça intergeracional *não se opõe à redução das pensões. Tais interesses públicos poderão justificar uma revisão dos valores de pensões já atribuídas (...)*" (n.º 45, ênfase acrescentada). O Tribunal admite, assim, que não há posições jurídicas subjetivas inatingíveis e insuscetíveis de ponderação com outros bens, interesses ou valores. Mesmo os designados *direitos adquiridos* (noção proveniente do direito privado e que, apesar do seu emprego em alguns acórdãos, não tem significado ou assento constitucional) podem ter de ceder se houver razões de *peso superior* que devam prevalecer em concreto. Defendendo esta posição, **Loureiro**, «Proteger é preciso...», pp. 376-377.

³⁶⁴⁸ Não obstante a postura crítica em relação ao acórdão em causa, **Paulo Mota Pinto**, «A proteção...», p. 177, manifesta concordância com a adição desta exigência suplementar; já antes, nesse sentido, **Otero**, *Direito Constitucional...*, p. 89.

³⁶⁴⁹ Assim, também, **Paulo Mota Pinto**, «A proteção...», pp. 177 ss.

eram sustentadas por relatórios técnicos enviados pelo Governo (autor da iniciativa legislativa), foram apertadamente escrutinadas. Os fins invocados foram sujeitos a apreciação aprofundada, não aceitando o Tribunal sem discussão aqueles que foram invocados pelo legislador e antes apontando outros como sendo os verdadeiros. A "ponderação" das soluções adotadas, designadamente a sua adequação, foi exaustiva, não se tendo o Tribunal limitado a apreciar (e a rejeitar) a adequação das soluções legislativas, antes definindo o sentido daquelas que *devem ser* adotadas para prosseguir os fins invocados pelo legislador.

Trata-se de uma fórmula de controlo que toca o limiar superior do poder jurisdicional do juiz constitucional³⁶⁵⁰. Isso é admissível num quadro excecional (de "crise"), onde a contrapartida à legitimidade de o legislador explorar até ao limite a natureza *prima facie* da constituição não pode deixar de ser a ampliação da competência do juiz constitucional e a legitimidade de este recorrer a instrumentos reforçados de escrutínio³⁶⁵¹. Porém, essencial é que a estrutura dogmática e argumentativa destes instrumentos seja clara, transparente e estável, de modo a enfrentar as críticas de irracionalidade ou até de veiculação das inclinações ideológicas dos juízes, críticas amiúde dirigidas contra os instrumentos de harmonização³⁶⁵².

4. Princípio da proteção da confiança como versão enfraquecida ou fortificada do princípio da proibição do excesso, ou parâmetro autónomo?

O princípio da proteção da confiança é o princípio aplicável quando não está em causa o sacrifício de bens, interesses ou valores objeto de posições jurídicas subjetivas decorrentes de um direito, liberdade ou garantia³⁶⁵³ ou de outros direitos fundamentais, mas sim expectativas eventualmente merecedoras de tutela

³⁶⁵⁰ Talvez além do ativismo moderado de que fala **Morais**, «Segurança Jurídica ...», p. 626.

³⁶⁵¹ Esta é apenas uma forma de traduzir a bem estabelecida conceção *gradativa*, de acordo com a qual quanto mais intensa seja a intervenção do legislador nos bens, interesses ou valores constitucionais, incluindo os protegidos através de direitos, tanto maior deve ser a proteção do juiz constitucional: assim, **Hesse**, «Funktionelle Grenzen...», pp. 311 ss.

³⁶⁵² V. sobre a proibição do excesso, mas aplicável a todos os instrumentos de harmonização, a exposição de **Pulido**, *El principio...*, pp. 163 ss.

³⁶⁵³ **Novais**, *Os princípios...*, p. 269.

jurídica. Apesar de a estrutura argumentativa da proteção da confiança aparecer por vezes mesclada com o discurso da proteção *de direitos*, o princípio vale em situações em que *não há um direito tutelável* (por exemplo, o direito à manutenção da pensão ou do salário com um certo nível³⁶⁵⁴ ou à continuidade de certos benefícios fiscais ou à não supressão de um regime de exceção que impossibilita a cessação do vínculo de nomeação definitiva na administração pública com base em razões objetivas). Diferentemente, há uma *mera expectativa legítima* dos particulares de continuidade de um certo regime jurídico, que é *afetada* por uma intervenção legislativa (em si não proibida, uma vez que o legislador tem liberdade de conformação da lei, que abrange a faculdade de a alterar³⁶⁵⁵).

À partida, essas situações são merecedoras de uma tutela constitucional menos intensa do que a conferida aos direitos fundamentais. A aplicação dos *limites às restrições* (*Schranken-Schranke*), designadamente a aplicação do princípio da proibição do excesso, com a *malha apertada* que o caracteriza, seria, ela própria, *desproporcionada* ou *excessivamente lesiva* da liberdade de conformação do legislador.

Essa é a linha diretriz que deve presidir ao acabamento do processo de definição da estrutura da proteção da confiança. A jurisprudência constitucional mantém em aberto pelo menos três possibilidades de evolução.

A primeira é a configuração do princípio da proteção da confiança como uma *versão enfraquecida* do princípio da proibição do excesso. Nesta linha de desenvolvimento, o princípio da proteção da confiança ergue simplesmente uma barreira reforçada de requisitos para a aplicação do princípio da proibição do excesso em situações merecedoras de uma tutela jurídica menos enérgica. Superados esses requisitos, segue-se a aplicação do princípio da proporcionalidade clássica ou da proibição do excesso (ou algo "igual"), tal como, de uma forma ou de outra, tem estado latente desde a fórmula intermédia³⁶⁵⁶.

³⁶⁵⁴ Acórdãos n.ºs 396/11, 187/13 e 794/13.

³⁶⁵⁵ Acórdão n.º 287/90: "não há (...) um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime em relação a relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados".

³⁶⁵⁶ V. o acórdão n.º 396/11, onde se alude à averiguação da "observância das exigências de proporcionalidade", se cita "a necessária conjugação do princípio da protecção da confiança com o princípio da proibição do excesso" e se averigua da idoneidade, da necessidade e da não

A segunda, é a configuração do princípio da proteção da confiança como um parâmetro *distinto* do princípio da proibição do excesso. Enfatizar-se-á então que a circunstância de haver um momento ponderativo na metódica do primeiro não implica uma recondução ao segundo³⁶⁵⁷. Essa eventualidade obrigaria a aditar uma nova figura à lista de parâmetros que se abrigam sobre o conceito de proporcionalidade em sentido moderno, que se poderia designar, por hipótese, *proteção proporcional da confiança*.

Também esta possibilidade tem pontos de sustentação em alguma jurisprudência constitucional. Nesta hipótese, o princípio da proteção da confiança tem malha menos apertada do que a proibição do excesso (isto é, malha mais propícia à viabilização das normas legislativas). Isso manifesta-se quer nos requisitos que constituem os três primeiros passos da sua metódica de aplicação, quer na circunstância de o quarto passo consistir numa simples operação de ponderação ou de *balancing* de bens, interesses ou valores concretamente colidentes e não na aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo³⁶⁵⁸.

Esta ponderação está sujeita a uma "lei": quando mais intensa for a ocorrência dos três primeiros critérios, maior exigência será empregue na demonstração do peso prevaemente das razões invocadas como justificativas da afetação das expectativas³⁶⁵⁹. A malha mais larga repercute-se particularmente na estrutura da ponderação, a qual tem uma estrutura simultaneamente objetiva e subjetiva³⁶⁶⁰. Estas duas dimensões no contexto da aplicação do princípio da proteção da confiança aparecem (inadvertidamente?) divorciadas na jurisprudência

excessividade das normas em causa (n.º 8). Na doutrina, no mesmo sentido, **Novais, Os princípios...**, p. 269.

³⁶⁵⁷ Embora não seja impossível encontrar na doutrina usos do conceito de ponderação num sentido *amplíssimo*, equivalente a avaliação, consideração ou análise dos argumentos a favor e contra uma proposição juridicamente relevante, com vista a tomar uma decisão, podendo ou não recorrer-se à imagem do peso relativo (sentido *amplíssimo* esse capaz de abranger as operações próprias dos três segmentos da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso), normalmente emprega-se o conceito de ponderação num sentido mais *restrito* (cfr. *supra*, capítulo 17). É nesse sentido mais restrito que pode haver dúvida sobre a relação com a proporcionalidade em sentido estrito.

³⁶⁵⁸ Esta hipótese tem a oposição de **Novais, Os princípios...**, p. 268.

³⁶⁵⁹ V. acórdão n.º 474/13, n.º 41.

³⁶⁶⁰ Contra uma perspetiva binária, que se encontra na literatura, nos termos da qual "o princípio da proteção da confiança envolve um confronto entre o interesse privado, apoiado na confiança, e o interesse público contrário à tutela da expectativa legítima", v. **Araújo**, «O princípio da proteção...», p. 106. Perfilhando tal perspetiva, **Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht...**, p. 118 (*apud Araújo, ob. e loc. cit.*); **Novais, Os princípios...**, p. 270.

constitucional, umas vezes sendo dado relevo à primeira, outras à segunda. Todavia, são ambas elementos da estrutura ponderativa do princípio. Do lado ativo, a malha larga reflete-se na possibilidade de a razão justificativa da superação das expectativas e da confiança ser a prossecução de quaisquer *interesses que o legislador possa legitimamente tutelar* e não apenas *interesses públicos* ou *gerais*. Como já se viu, este último ponto parecia tolerado (ou adquirido) pela fórmula intermédia, mas pode ter sido colocado em crise pela nova fórmula.

Finalmente, a terceira é a configuração do princípio da proteção da confiança como uma antecâmara ou uma derivação da proibição do defeito. Nessa perspectiva, o preenchimento dos três primeiros requisitos desencadeia a aplicação dos segmentos da proibição do defeito. Mencionamos esta hipótese porque também tem manifestações (decerto limitadas) na jurisprudência constitucional. Mas é a possibilidade que mais choca com a sua raiz, não se vendo como conciliar num mesmo instituto a verificação da existência, legitimidade e relevância das expectativas dos particulares e a apreciação sobre se a norma legislativa ficou aquém do que era devido pelo legislador.

Vinte e nove

PROIBIÇÃO DO EXCESSO COMO INSTRUMENTO DE OTIMIZAÇÃO?

1. Razão de ordem

Cumpridos os vários passos de recorte positivo da proibição do excesso como norma de ação e como norma de controlo e de recorte negativo, através da confrontação com algumas figuras afins, é chegado o momento de tirar conclusões sobre o sentido geral da proibição do excesso como instrumento de ponderação e harmonização. A melhor forma de retirar essas conclusões é verificar se pode ser considerada um instrumento de *otimização*, como uma influente corrente (em certa medida quase hegemónica) sustenta.

2. A maximização dos efeitos como vocação da norma jurídica

A aplicação ou cumprimento de uma norma isolada não suscita dúvidas, qualquer que seja a estrutura dessa norma: o seu conteúdo normativo deve ser cumprido na *máxima* extensão. Todas as pretensões que nela encontrem suporte normativo devem atingir plena realização nas situações em que se coloque essa eventualidade. Em contrapartida, havendo colisão entre bens, interesses ou valores - e, mais abstratamente, entre normas que direta ou indiretamente os tutelem -, não é exigível nem possível a maximização isolada de cada um. Nessas circunstâncias tem de se superar a colisão normativa através da aplicação de meta-normas de resolução de colisões ou através de harmonização normativa. No segundo caso, a aplicação das normas depende de uma operação de harmonização (de natureza legislativa ou outra) que permita balizar e definir até que ponto as consequências normativas de

cada uma das normas colidentes podem ir. É a este propósito que intervêm instrumentos como a proibição do excesso ou a proibição do defeito.

Conforme se viu, o princípio da proibição do excesso é aplicável quando há uma colisão entre um fim de tutela de certos bens, interesses ou valores coletivos que o legislador pretende prosseguir e outros bens, interesses ou valores, designadamente (não exclusivamente, mas com exceções muito limitadas) os tutelados por normas de direitos fundamentais que requeiram a abstenção do legislador³⁶⁶¹. É pressuposto que na pré-ponderação da fase de conformação do fim o legislador tenha podido atribuir e tenha atribuído importância superior *prima facie* àqueles primeiros bens, interesses ou valores.

A conceção doutrinal europeia da proibição do excesso³⁶⁶², particularmente aquela que é influenciada pelo trabalho de ALEXY, anda vulgarmente associada ao conceito de otimização importado da teoria económica das escolhas³⁶⁶³. Em boa medida, esta conceção limitou-se a dar nova roupagem a conceções da doutrina e da jurisprudência constitucionais alemãs do pós-Guerra³⁶⁶⁴.

Mas essa conceção da proibição do excesso não está sozinha no mercado das ideias. As competidoras mais salientes são as correntes que aceitam resultados subótimos ou infraótimos, isto é, que admitem medidas legislativas de resolução de colisões normativas que não correspondem a qualquer aceção ou modalidade de *ótimo*. Fala-se, assim, em conceções de proteção mínima, satisfatória ou suficiente. Inventam-se até palavras novas como "satisficiente" (*satisficient*), expressando a simbiose entre satisfatórias e suficientes³⁶⁶⁵.

³⁶⁶¹ V. *supra*, capítulo 12.

³⁶⁶² Versão doutrinal, porque não é fácil encontrar claras adesões jurisprudenciais, designadamente do Tribunal Constitucional alemão (assim, Šušnjar, *Proportionality...*, p. 129). No caso português, o objetivo da otimização emerge de alguns acórdãos, mas nem de perto se pode considerar uma orientação estabelecida: v. acórdãos n.ºs 177/92 ("otimização ponderada") e 113/97 ("otimização equilibrada").

³⁶⁶³ A ideia de otimização é uma ideia europeia (alemã, mais propriamente). Como Šušnjar, *Proportionality...*, p. 71, nota, Dworkin, por exemplo, não traça o objetivo da otimização dos princípios ou dos bens, interesses ou valores por eles tutelados.

³⁶⁶⁴ Cfr. *supra*, capítulo 17. Como fórmula sintetizadora do espírito de otimização predominante na jurisprudência e na doutrina constitucionais alemãs a partir da década de 1950, não se pode ignorar também a influência da construção teórica de Hesse com o seu princípio da concordância prática. Enfatizando esta influência, Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, pp. 57 ss.

³⁶⁶⁵ A inspiração destas correntes remonta à visão de Schlink, *Abwägung...*, pp. 76–78, 192–195; «Freiheit...», *cit.* Mais recentemente, v., por todos, Pieroth/Schlink, *Grundrechte*, 21.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2005, § 294; Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, p. 157; Poscher,

3. A construção alexiana da proibição do excesso como veículo de otimização

Recordemos os vetores essenciais da tese de ALEXY: (i) os princípios são comandos de otimização³⁶⁶⁶; (ii) a definição dos princípios como comandos de otimização desemboca diretamente na necessária conexão entre princípios e proporcionalidade; (iii) a otimização requerida pelos princípios é relativa ao que é factualmente possível e ao que é juridicamente possível; (iv) todos os subprincípios do princípio da proporcionalidade - adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e. - exprimem a ideia de otimização; (v) os princípios da adequação e da necessidade referem-se à otimização no que toca às possibilidades factuais; (vi) a otimização promovida através da adequação e da necessidade corresponde ao ótimo de Pareto; (vii) o princípio da proporcionalidade e.s.e. exprime a otimização relativa às possibilidades jurídicas³⁶⁶⁷.

Esta síntese reflete *mutatis mutandis* o discurso do autor em vários locais, registando-se neste aspeto específico alguma estabilidade³⁶⁶⁸. Tem sido reproduzida em incontáveis ensaios académicos, muitas vezes sem análise

Grundrechte als Abwehrrechte, p. 204; *idem*, «Insights, Errors and Self-Misconceptions...», p. 435, argumentando que existem alternativas à otimização, como a “proibição de uma desproporcionalidade grave” (*Verbot grosser Disproportionalität*) ou “garantia de uma posição mínima” (*Garantie einer Mindestposition*); Sartor, «A Sufficientist Approach...», *cit.*; Šušnjar, *Proportionality...*, *cit.* Em resposta, Alexy, «Los derechos...», pp. 21 ss. (reportando-se especificamente à construção de Poscher), alerta que a “proibição de uma desproporcionalidade grave” é o mesmo que o mandato de proporcionalidade e.s.e., entendido como mandato de otimização com liberdade nos casos em que a desproporcionalidade não seja grave; quanto à “garantia de uma posição mínima”, rejeita-a, com a argumentação que destrói a proporcionalidade e.s.e.

³⁶⁶⁶ Já se referiu anteriormente (*supra*, capítulo 6) que o autor evoluiu no sentido de passar a entender que os princípios não são comandos de otimização, mas sim normas que devem otimizar-se *de acordo com comandos de otimização*: “[a] distinction between commands to optimize and commands to be optimized is the best method for capturing the nature of principles” (Alexy, «On the Structure of Legal Principles...», p. 304). Nessa ocasião, sublinhámos o impacto significativo que tal reconhecimento tem na consistência do discurso do autor, afetando designadamente a distinção por ele proposta entre regras e princípios (como nota Sieckmann, «Los derechos fundamentales...», p. 29, essa evolução retira aos princípios a sua estrutura lógica específica, distintiva das regras, peça chave da teoria dos princípios). Talvez por isso, essa retificação não se reflete em todos os ensaios recentes de Alexy que, “por razões de simplicidade” (?), continua a descrever os princípios como comandos de otimização, ainda que isso cubra os dois níveis referidos.

³⁶⁶⁷ Alexy, «Direitos constitucionais...», pp. 513 ss. Trata-se de um dos últimos escritos conhecidos no momento em que escrevemos.

³⁶⁶⁸ V. *A Theory...*, pp. 66 ss. e posfácio, p. 397.

crítica³⁶⁶⁹. Todavia, isso não significa que seja clara. Requerem aprofundamento os seguintes aspetos: (i) a relação entre normas de ação e de controlo e otimização; (ii) a relação entre *otimização* e *maximização*; (iii) significado da noção de "*possibilidade*" (fática ou jurídica); (iv) otimização *dentro* das (ou atendendo às) possibilidades jurídicas e fáticas³⁶⁷⁰ ou otimização *das* possibilidades? (v) O que é que se otimiza? (vi) Como se define otimização?

3.1. Relação entre normas de ação e de controlo e otimização

ALEXY adota a distinção entre norma de ação (*Handlungsnorm*) e norma de controlo (*Kontrollnorm*)³⁶⁷¹. Subjacente a essa distinção está a eventualidade de uma norma de ação tutelar um bem, interesse ou valor de uma forma mais ampla do que aquela que é suscetível de imposição pelo órgão de controlo. Consequentemente, nem todas as pretensões cobertas pela norma de ação são imponíveis, designadamente pelo juiz constitucional. As normas-princípio, como quaisquer normas, podem assumir uma daquelas duas modalidades. Todavia, do discurso de ALEXY não resulta claramente se os princípios são *sempre* comandos de otimização, sejam normas de ação ou normas de controlo, ou se o são só em alguma dessas duas modalidades³⁶⁷².

³⁶⁶⁹ Só uma pequena amostra: **Holländer**, «El principio de proporcionalidad...», pp. 212 ss.; **Currie**, «Balancing...», p. 259; **Feyen**, «Proportionality...», pp. 94 ss. Mas veja-se, diferentemente, **Bilchitz**, «Does Balancing...», pp. 277 ss.

³⁶⁷⁰ Como sustenta **Möller**, «Balancing...», p. 455: "principles are optimization requirements *within* the legally and factually possible" (ênfase nossa).

³⁶⁷¹ V., por exemplo, **Alexy**, *A Theory...*, p. 422.

³⁶⁷² **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 267, admite que no sistema de **Alexy** as normas-princípio (designadamente de direitos) só são comandos de otimização quando funcionam como normas de ação. Todavia, como o autor também adverte, isso introduziria uma importante brecha nos alicerces da teoria dos princípios.

3.2. Otimização *versus* maximização

A demarcação entre os conceitos de maximização e otimização é insatisfatória³⁶⁷³. Da exposição do pensamento do autor parece decorrer que o conceito de otimização é mais abrangente ou inclusivo do que o de maximização³⁶⁷⁴. O conceito de otimização tanto se refere às possibilidades jurídicas como às fáticas, enquanto o conceito de maximização se refere apenas às possibilidades fáticas. Quando houver uma colisão de princípios, está em causa a otimização das possibilidades fáticas e também das jurídicas. Quando um princípio for o único critério de decisão aplicável a um caso, está apenas em causa a maximização das possibilidades fáticas.

Porventura, para ser claro, o autor deveria dizer que nuns casos os princípios são apenas comandos de maximização (das possibilidades fáticas) e noutros comandos de otimização (das possibilidades jurídicas e fáticas). Contudo, isso ofuscaria a sua tese de que os princípios se caracterizam por serem comandos de otimização das possibilidades jurídicas e fáticas (porque, na verdade, esse atributo só se manifesta em casos de colisão e não em todos os casos de aplicação dos princípios), pelo que o rigor e clareza são sacrificados à simplificação³⁶⁷⁵.

3.3. Significado da noção de "*possibilidade*" (fática ou jurídica)

O significado da noção de "*possibilidade*" (fática ou jurídica) é equívoco³⁶⁷⁶. Tratando-se de uma expressão polissémica com inegável aptidão evocativa-

³⁶⁷³ Parte da doutrina tende a considerar estes conceitos equivalentes. Assim, **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 201. Implicitamente, **Morais**, *Curso...*, II, 2, p. 680, atendendo à noção de otimização que adota: "realização máxima de um direito, na medida do possível". Também a *maximização* se define como a realização máxima de algo, na medida do possível. O conceito de otimização, para ser autónomo, tem de ser *diferente* e eventualmente *menos* (?) do que maximização.

³⁶⁷⁴ Esse pensamento é expresso numa simples nota de rodapé, não totalmente clara (seja na edição alemã, seja nas edições castelhana ou inglesa): cfr. **A Theory...**, p. 51, nota 37.

³⁶⁷⁵ *Idem*: "the general definition as optimization requirements adopted here has the advantage of simplicity...".

³⁶⁷⁶ **Bilchitz**, «Does Balancing...», p. 278. No entanto, essas expressões são usadas até por críticos da construção de **Alexy**: cfr. **Poscher**, «Insights. Errors...», p. 437.

irresistível mesmo para quem tem dúvidas sobre o seu significado preciso -, a teoria dos princípios nunca achou imprescindível esclarecê-la cabalmente³⁶⁷⁷.

3.4. Otimização *dentro* ou *das* possibilidades fáticas e jurídicas?

A expressão reiteradamente utilizada por ALEXY - "os princípios enquanto exigências de otimização requerem a otimização relativa tanto ao que é factualmente possível como ao que é juridicamente possível"³⁶⁷⁸ - é ambígua. Está em causa a otimização *dentro* das (ou atendendo às) possibilidades jurídicas e fáticas tal como conhecidas no momento da prática do ato³⁶⁷⁹ ou a otimização *das* possibilidades jurídicas e fáticas de realização dos princípios concorrentes³⁶⁸⁰? Quando acrescenta que "os princípios da adequação e da necessidade referem-se à otimização no que toca às possibilidades factuais"³⁶⁸¹, parece dar força à primeira interpretação. Todavia, quando diz que os três segmentos exprimem uma ideia de otimização e que é através da proibição do excesso que a exigência de otimização dos princípios se exprime, ganha plausibilidade a segunda interpretação³⁶⁸². Não parece excessivo dizer-se que, quando se fala de otimização das possibilidades jurídicas e fáticas, o conceito de otimização pode assumir pertinência sobretudo se se referir à capacidade da norma legislativa otimizar as possibilidades jurídicas e fáticas de realização *futura* dos princípios concorrentes.

Mas, qualquer que seja a interpretação ajustada, se estiver em causa a produção ou controlo de *normas jurídicas*, isto é, de normas que se traduzem em alterações da

³⁶⁷⁷ E, também, teremos de aguardar por outra ocasião para desenvolver o tema.

³⁶⁷⁸ Alexy, «Direitos constitucionais...», p. 514.

³⁶⁷⁹ Como sustenta Möller, «Balancing...», p. 455: "principles are optimization requirements *within* the legally and factually possible" (ênfase nossa).

³⁶⁸⁰ Esse parece ser o entendimento de Nogueira, *Direito Fiscal...*, p. 100. Ainda um outro (terceiro) entendimento é o de Ávila, *Teoria...*, p. 38, que liga a referência às possibilidades fáticas, não às condições de aplicação, mas à determinação do próprio conteúdo dos princípios, porque esse conteúdo "só pode ser determinado quando diante dos fatos".

³⁶⁸¹ Alexy, «Direitos constitucionais...», p. 514.

³⁶⁸² Alexy, *A Theory...*, p. 66: "The nature of principles [como exigências de otimização] implies the principle of proportionality and vice-versa. That the nature of principles implies the principle of proportionality means that the principle of proportionality (...) logically follows from the nature of principles; it can be deduced from them."

ordem jurídica através da produção de efeitos jurídicos, não é exato que a adequação e a necessidade se refiram só à otimização dentro do factualmente possível e que a proporcionalidade e.s.e. se refira só à otimização do juridicamente possível.

A adequação da norma depende dos efeitos jurídicos que produz. E os efeitos jurídicos que possa produzir dependem da situação jurídica e da situação fática. Na produção de uma norma (e no controlo da sua adequação) atende-se necessariamente às possibilidades fáticas, mas também às jurídicas, uma vez que antes de se verificar se ela aumenta as possibilidades fáticas de realização dos princípios concorrentes, tem de se verificar se ela tem aptidão intrínseca para alterar a ordem jurídica no sentido pretendido, isto é, no sentido de causar previsivelmente aquele aumento das possibilidades fáticas de realização dos princípios colidentes. O mesmo se pode dizer *mutatis mutandis* em relação à necessidade e à proporcionalidade e.s.e.

3.5. O que é que se otimiza?

Persiste também a dúvida sobre *o que é que se otimiza*: os princípios? Os bens, interesses ou valores que são seu objeto? É defensável que, a haver efetivamente qualquer tipo de comando de otimização (seja ele o princípio em si, como ALEXI propôs originalmente, ou um comando para otimizar extraído de outra norma), ele se reporta aos bens, interesses ou valores tutelados pelas normas-princípio e não às próprias normas. O conceito de otimização de normas (ou da redação, sistematização ou codificação de disposições normativas) é um conceito de técnica ou de política legislativa e não um conceito doutrinal ou normativo³⁶⁸³.

³⁶⁸³ V. Poscher, «Insights. Errors...», pp. 436-437.

3.6. Como se define otimização?

Talvez a questão mais relevante seja a que se prende com o conceito vetorial de *otimização*, cujo sentido e alcance é menos que evidente³⁶⁸⁴. No esforço de definição do conceito de otimização radica parte das querelas entre ALEXY e alguns críticos³⁶⁸⁵. Para procurar ilustrar as suas posições neste domínio específico, o autor e alguns seguidores recorrem a critérios e modelos inspirados nas teorias das escolhas económicas, designadamente ao critério do ótimo de Pareto³⁶⁸⁶ (aliás, experimentado por SCHLINK há algumas décadas na metódica da necessidade³⁶⁸⁷) e à curva de indiferença, que exprime as condições em que um agente racional aceita a substituição de uns bens por outros. Na metódica da proporcionalidade e.s.e., a curva de indiferença mostra os diferentes graus de satisfação de um princípio que são capazes de justificar ("substituir") correspondentes graus de interferência noutro princípio³⁶⁸⁸. Não se afigura, porém, que isso introduza clareza quanto à metódica seguida pelo legislador e pelo juiz constitucional quando se trata de aplicar

³⁶⁸⁴ Möller, «Balancing...», p. 462; Sieckmann, «Los derechos fundamentales...», p. 30: na teoria de Alexy falta uma definição do que deve entender-se por otimização.

³⁶⁸⁵ A dificuldade de interpretação desse conceito está na origem de uma das mais intrigantes e inconclusivas polémicas entre Alexy e alguns críticos da teoria dos princípios. Há quem critique a doutrina de Alexy na medida em que a noção de otimização adotada implica o cumprimento das normas colidentes na *maior medida possível*. Isto desembocaria, alega-se, na redução drástica da margem de conformação do legislador -que se veria obrigado à adoção da *única* solução em que os princípios colidentes são otimizados- e na atribuição de poderes acrescidos ao juiz constitucional, uma vez que lhe competiria ajuizar se a medida legislativa atingiu o *ponto de otimização* (sobre isto, Starck, «Die Verfassungsauslegung», in Isensee/Kirchhof [ed.], *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 194 ss.; Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes...*, pp. 131 ss.; Pulido, *El principio...*, p. 587). Alexy (ocasionalmente coadjuvado por alguns dos seus mais próximos seguidores: v. Virgílio Afonso da Silva, «Teoria de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes», pp. 245 ss.) tem usado o melhor do seu poder argumentativo para demonstrar que a sua conceção de ponderação optimizadora não elimina a margem de conformação do legislador, recorrendo a vários artefactos: à tese dos princípios formais (que devem ser ponderados juntamente com os materiais), à redefinição do conceito de otimização, à ideia de que em caso de empate o legislador tem liberdade estrutural de conformação ou à distinção entre normas de ação e normas de controlo. V. a discussão em Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 262 ss.

³⁶⁸⁶ Uma distribuição é eficiente ou *Pareto-optimal* se nenhuma outra distribuição pudesse satisfazer melhor uma pessoa sem piorar a situação de outra (Rivers, «Proportionality...», p. 198). Ou, numa adaptação à linguagem do direito: se a regra 1 serve pelo menos um valor melhor que a regra 2 e não serve nenhum valor menos bem que a regra 2, deve escolher-se a regra 1 (Mather, «Law-making...», p. 356). V. outras considerações e referências *supra*, capítulos 15 e 16.

³⁶⁸⁷ *Abwägung im Verfassungsrecht...*, pp. 168 ss.

³⁶⁸⁸ *A Theory...*, p. 103.

a proibição do excesso em situações de colisão entre bens, interesses ou valores e princípios que os tutelam ou permitem a sua tutela.

4. Proposta de conceito de otimização

As interrogações específicas que a tese de ALEXY suscita somam-se às questões que o significado e implicações do conceito de otimização suscitam em geral: (i) a otimização refere-se a uma das normas colidentes ou a ambas? (ii) O conceito de otimização supõe a satisfação (ou não satisfação) *equilibrada* das duas normas³⁶⁸⁹, ou admite o colapso integral ou quase integral do sentido normativo de uma delas? (iii) Solução ótima é a *melhor solução possível*? (iv) Se sim, é cognitivamente viável a descoberta da melhor solução possível? (v) Nesse caso, como se define e descobre a melhor solução possível? (vi) Mesmo que se admita um desequilíbrio na realização dos princípios colidentes, requer-se *o melhor desequilíbrio possível*? (vii) Só há *uma* solução ótima ou é concebível a existência de *mais do que uma* solução ótima?

As teses que aceitam e recorrem ao conceito de otimização normalmente não arriscam ou não logram encontrar a resposta a todas ou a algumas destas questões. A incontornável indeterminação de conceitos como "satisfação equilibrada", "melhor solução possível", "melhor desequilíbrio possível", impede uma resposta inequívoca. Alguns autores partem dessa insuficiência para concluir pela impossibilidade humana de reunir as capacidades cognitivas necessárias para responder satisfatoriamente à maior parte daquelas questões e para rejeitar que isso se possa superar através de algoritmos, fórmulas ou modelos econométricos³⁶⁹⁰. Por isso, o conceito de otimização não pode ocupar um lugar central da teoria das normas ou da teoria, dogmática e metódica da proibição do excesso.

³⁶⁸⁹ Assim, **Bilchitz**, «Does Balancing...», p. 278.

³⁶⁹⁰ V. **Sartor**, «A Sufficientist Approach to Reasonableness.», p. 36. Para uma construção que procura superar radicalmente o recurso ao conceito de otimização, v., por todos, **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 242, *passim*, propondo alternativamente uma tese baseada no conceito de *satisfatório*, que não implicaria as exigências cognitivas (impossíveis de alcançar) da otimização, proporcionaria ganhos de simplificação metódica e aumentaria a transparência e a racionalidade da decisão.

Importa, pois, averiguar qual das duas correntes se aproxima mais da razão: se a que constrói sobre o conceito de otimização ou a que lhe nega qualquer viabilidade ou prestabilidade no domínio da harmonização e ponderação, em situações de colisões normativas. Mais especificamente, tendo em conta o objeto deste trabalho importa aprofundar a discussão sobre se a proibição do excesso e os seus segmentos são realmente um instrumento de otimização, como ALEXY e muitos outros defendem. Para tanto, partimos da seguinte base conceptual: (i) a situação ótima ou de otimização atinge-se através de uma solução ótima; (ii) *solução ótima é a melhor solução, ou uma das melhores soluções possíveis, de equilíbrio entre os bens, interesses ou valores colidentes ou, havendo desequilíbrio, a melhor solução ou uma das melhores soluções de desequilíbrio entre os bens, interesses ou valores colidentes.*

5. A aplicabilidade do conceito de otimização à metódica da proibição do excesso

Averiguemos se a operação de cada um dos segmentos da proibição do excesso - e, concomitantemente, a proibição do excesso globalmente considerada - incorpora características normativas que induzam a uma solução que possa subsumir-se àquele quadro conceptual.

5.1. Adequação

A adequação visa assegurar que os efeitos negativos de uma norma sobre determinados bens, interesses ou valores tenham como contrapartida a produção de (quaisquer) efeitos positivos no que se refere à promoção dos bens, interesses ou valores visada pelo legislador. Se houver essa relação entre efeitos negativos e positivos (mesmo que mínimos) a norma é adequada. Se não houver, a norma não é adequada.

Vejamos como isso se reflete nas decisões que o legislador e o órgão de controlo podem tomar em cada situação e se alguma dessas decisões contribui para a

realização ótima dos bens, interesses ou valores (ALEXY diria dos princípios) colidentes.

Se o legislador concluir pela adequação da solução e optar pela emissão da norma que a incorpora, daí não decorre forçosamente uma situação de realização ótima dos bens, interesses ou valores. A adequação da norma inculca que ela não produz apenas efeitos negativos, mas também efeitos positivos que concorrem para os fins visados. Não se verifica obviamente nenhuma otimização dos bens, interesses ou valores negativamente afetados. E, quanto aos bens, interesses ou valores positivamente tocados, a adequação apenas assegura que a norma contribui para a sua promoção, não garantindo, todavia, a sua realização ótima (e também não a inviabilizando)³⁶⁹¹.

O mesmo vale para o caso em que juiz constitucional não declara a inconstitucionalidade por inadequação.

Por outro lado, se o legislador concluir que uma certa norma (ou, mais rigorosamente, projeto de norma) não é adequada, está proibido de a produzir. A não produção daquela norma, em si, não contribui obviamente para a otimização dos bens, interesses ou valores que o legislador pretende satisfazer. Por outro lado, a não produção da norma impede que seja inviabilizada a possibilidade de o bem, interesse ou valor potencialmente sacrificado ser otimizado, mas não garante que ele seja otimizado.

Do ângulo do juiz constitucional vê-se algo semelhante: se declara a inconstitucionalidade por inadequação³⁶⁹², daí não decorre nenhum contributo para a otimização dos bens, interesses ou valores que o legislador pretende promover e apenas resulta que o bem, interesse ou valor afetado retoma a possibilidade de ser otimizado que tinha no momento da emissão da norma inadequada, sem nada acrescentar, nem diminuir, em relação a esse momento.

O contributo indutor da otimização global dos bens, interesses ou valores colidentes ou tão só de algum dos bens, interesses ou valores isoladamente considerados decorrente da aplicação do segmento da adequação é, por conseguinte, nulo.

³⁶⁹¹ Sublinhando também este ponto, Šušnjar, *Proportionality*, p. 288.

³⁶⁹² Confira-se o que se disse sobre o objeto da apreciação pelo juiz constitucional, capítulo 19.

Veja-se, aliás, que diferentemente do que é voz corrente entre muitos autores adeptos das teses da proibição do excesso como veículo de otimização, a correspondência da adequação à otimalidade de Pareto é *parcial*, uma vez que se equaciona em termos diferentes consoante se adote o prisma do juiz constitucional ou o prisma do legislador.

Vista a questão sob o prisma do juiz constitucional, ele tem apenas duas opções (opções apenas em sentido impróprio, uma vez que o seu exercício não depende de um ato de vontade livre) no âmbito da apreciação da inadequação de uma concreta norma legislativa: ou conclui pela inadequação e invalida a norma; ou conclui pela não inadequação e viabiliza a continuação da sua vigência e aplicação. No primeiro caso, não há nenhuma alternativa que prossiga melhor um dos princípios sem prejudicar o outro: não declarar inválida a medida inadequada, implicando que ambos os princípios não sejam satisfeitos, não é obviamente uma alternativa que prossiga melhor um dos princípios sem prejudicar o outro. No segundo caso, também pode dizer-se que não há nenhuma alternativa que prossiga melhor um dos princípios sem prejudicar o outro: a alternativa de declarar inválida a medida, não obstante a sua adequação, nem é juridicamente subsistente, nem pode ser considerada uma alternativa que permite que uma posição seja melhorada sem detrimento da outra. Até aqui, parece confirmar-se que o segmento da adequação é uma expressão do critério de Pareto.

Todavia, não se pode fazer raciocínio idêntico quando se encara a questão sob o prisma do legislador. Este não tem ao seu dispor apenas as duas opções que se abrem ao juiz constitucional. Tem certamente a opção (mais uma vez, em sentido impróprio, já que juridicamente é um dever vinculado de um comportamento) de descartar *uma determinada* solução ou hipótese inadequada e a opção de adotar *uma determinada* solução adequada. Mas pode suceder que tenha também ao seu dispor a faculdade (mas não a obrigação) de adotar *outras* soluções adequadas mais eficientes. Não pode, pois, afirmar-se, sem exceção, que quando o legislador pratica qualquer daqueles dois comportamentos não existe nenhuma outra alternativa que prossiga melhor um dos princípios sem prejudicar o outro. A repetida associação do ótimo de Pareto à adequação não é sustentável quando se trata da observância deste segmento pelo legislador.

A posição que exprimimos no parágrafo anterior pressupõe a rejeição da *tese da simetria*. Esta tese consiste no seguinte: em caso de colisão, o aumento do grau de satisfação de um bem, interesse ou valor provoca sempre o simétrico ou correspondente *igual* aumento do grau de interferência em outro³⁶⁹³. Por isso, nunca sucede que o legislador tenha a opção de adotar outra medida mais adequada para a satisfação de um bem, interesse ou valor sem maior interferência no outro. Essa tese não pode, todavia, ser aceite. Observe-se o seguinte exemplo: o legislador tem à sua disposição *M1* e *M2*. Ambas consistem na instalação de 20 câmaras de videovigilância em certos locais públicos, interferindo na liberdade (*P1*) com vista ao reforço da segurança pública (*P2*). *M1* implica que as imagens sejam captadas e imediatamente visualizadas em tempo real por um agente da polícia. Cada agente tem a seu cargo a monitorização de uma única câmara. Há gravação, mas esta destrói-se automaticamente, através de mecanismos digitais, ao fim de um período curto, se o agente responsável não o evitar. *M2*, em contrapartida, implica que todas as câmaras captam imagens que são centralizadas numa sala, vigiada por um único polícia. É efetuada uma gravação que se destrói automaticamente, por meios digitais, ao fim de 15 dias. Não parece que se possa dizer que *P1* é mais afetado por *M1* do que por *M2*. Todavia, pode dizer-se que *M1* é mais eficiente que *M2*. Se o legislador adotar *M2* estará a adotar uma medida adequada, mas existe uma outra alternativa que prossegue melhor um dos princípios sem prejudicar o outro. A adoção de *M2*, apesar de respeitar o segmento da adequação, não cumpre o ótimo de Pareto.

5.2. Necessidade

A necessidade visa garantir que, mantendo-se pelo menos iguais os efeitos positivos, se adote a alternativa que, entre as disponíveis, provoque os efeitos negativos menos intensos. Se com a adequação se pretende evitar um *saldo negativo* de efeitos, adveniente de só haver efeitos negativos e nenhum efeito positivo, com a

³⁶⁹³ É esse o sentido que resulta, por exemplo, de Sieckmann, «Balancing...», p. 104: "quando ocorre um conflito de dois princípios *P1* e *P2*, o possível grau de preenchimento de um princípio é tanto maior quanto menor for o preenchimento do outro princípio".

necessidade pretende-se evitar que os efeitos negativos sejam superiores aos necessários para atingir os efeitos positivos com o nível que o legislador preconiza. Também aqui não está em causa a otimização de todos ou de um dos bens, interesses ou valores colidentes.

Tal como este segmento é entendido pela doutrina dominante, ele não contribui em nada para a otimização do bem, interesse ou valor cuja satisfação se pretende. Em relação a ele, o segmento da necessidade é neutro.

Já no que toca ao bem, interesse ou valor objeto de interferência, também não parece que se possa dizer simplesmente que a necessidade corre a favor da sua otimização. Isto seria assim mesmo que vigorasse uma modalidade estrita de necessidade, traduzida na ideia de meio adequado menos restritivo, diferente daquela que é aceite pela teoria da proibição do excesso. A única forma de falar de otimização a propósito da necessidade seria adotar uma aceção bastante imprópria: *otimização nas circunstâncias concretas* de satisfação de outro bem, interesse ou valor com ele colidente (e incompatível), ou otimização como o *menor sacrifício possível* ou a *menor interferência possível* dado o nível que o legislador pretende para o outro bem, interesse ou valor.

A recondução ao ótimo de Pareto, também a este propósito repetidamente ensaiada, só é possível com as mesmas reservas que na adequação.

Sob o prisma do juiz, há também duas "opções": declarar a desnecessidade e concomitante invalidade ou concluir pela não desnecessidade. Em ambos os casos, essa decisão é a que, entre as hipóteses de decisões disponíveis para o juiz, mais beneficia um bem, interesse ou valor sem qualquer detrimento para o outro.

Sob o prisma do legislador, optar por uma alternativa conforme com os ditames da necessidade não exclui a possibilidade de haver outra ou outras alternativas capazes de satisfazer melhor um dos bens, interesses ou valores sem maior prejuízo para o outro. Se a alternativa que escolheu dentro do rol disponível é uma das menos interferentes, mas há outra ou outras mais eficientes igualmente interferentes, pode dizer-se que, não obstante o cumprimento do segmento da necessidade, há outra ou outras medidas alternativas que asseguram que uma das posições pode ser melhorada sem detrimento da outra. A única forma de assegurar a integral propriedade da invocação do ótimo de Pareto seria reconverter o segmento da necessidade num segmento que obrigasse à adoção *da melhor medida possível* na

perspetiva da otimização, isto é, aquela que entre as menos interferentes fosse a mais eficiente ou, havendo várias maximamente eficientes, uma das mais eficientes. Quando lidámos com o segmento da necessidade³⁶⁹⁴ pronunciámo-nos sobre a modalidade da necessidade ponderada, que, em última análise, conduz à escolha da alternativa disponível que se aproxima da noção ideal de solução ótima (na medida em que, no contexto da proibição do excesso, é solução ótima aquela que constitui *a melhor solução ou uma das melhores soluções de desequilíbrio entre os bens, interesses ou valores colidentes*). Em termos gerais, esta modalidade rejeita que tenha forçosamente de se adotar o meio adequado menos interferente, mas também rejeita que, à partida e por princípio, seja sempre permitido adotar um meio mais interferente só por ser (o) mais satisfatório. A versão *ponderada* da necessidade compara os ‘saldos’ entre as intensidades de interferência e as intensidades de satisfação produzidos por cada uma das alternativas e opta por aquela que revele uma relação *mais justa* ou equilibrada.

Porém, vimos que a modalidade ponderada da necessidade enfrenta dificuldades metódicas que se afiguram insuperáveis. Por outro lado, mesmo que tais dificuldades metódicas pudessem ser ultrapassadas, a circunstância de ser potencialmente mais constrangedora da atividade do legislador do que a versão *lata*³⁶⁹⁵ levaria a que o seu âmbito de aplicação fosse muito limitado. Em qualquer caso, a eventual exceção, tendencialmente otimizadora³⁶⁹⁶, não anularia a regra não otimizadora.

5.3. Proporcionalidade e.s.e.

Em relação à proporcionalidade e.s.e., os autores que recorrem ao ótimo de Pareto na exposição do conteúdo da adequação e da necessidade admitem que não é viável replicar esse exercício para ilustrar o que se pretende dizer quando se fala de otimização dos bens, interesses ou valores e se avança a proporcionalidade e.s.e. como veículo dessa otimização. Em contrapartida, recorrem à imagem da curva da

³⁶⁹⁴ V. *supra*, capítulo 16.

³⁶⁹⁵ No mesmo sentido, **Van Drooghenbroeck**, *La Proportionnalité...*, p. 212.

³⁶⁹⁶ Essa exceção é, aliás, recusada por alguns autores: assim, **Šušnjar**, *Proportionality...*, p. 288.

indiferença, que mostra as condições em que um agente racional aceita a substituição de uns bens por outros³⁶⁹⁷.

Na linguagem da proporcionalidade e.s.e., a curva da indiferença mostraria os diferentes graus de satisfação de um bem, interesse ou valor necessários para justificar ("substituir") correspondentes graus de interferência (não satisfação) noutra bem, interesse ou valor. Para serem justificados, aqueles graus de satisfação teriam de aumentar exponencialmente à medida que aumentasse a interferência no bem, interesse ou valor contraposto, até se tornarem virtualmente incapazes de justificar essa interferência. A curva de indiferença mostraria as hipóteses de equilíbrio entre interferência num bem, interesse ou valor e satisfação do outro, isto é, diferentes hipóteses de otimização - ou de realização máxima possível - daqueles bens, interesses ou valores quando entram em colisão. Aparentemente, qualquer uma dessas hipóteses de equilíbrio seria igualmente conforme à proporcionalidade e.s.e.

Ora, isto pode ser expresso de outra forma: a proporcionalidade e.s.e. obriga a que o saldo entre efeitos positivos e efeitos negativos, jurídicos e materiais, da norma não seja deficitário (versão negativa) ou seja superavitário (versão positiva)³⁶⁹⁸.

Coloca-se a questão de saber se o saldo tem de ser superavitário ou se basta que não seja deficitário. Isto é: os efeitos positivos têm de ter um peso superior aos efeitos negativos (têm de ser superavitários) ou basta que os efeitos positivos sejam pelo menos mais ou menos iguais aos negativos (situação de empate ou paridade³⁶⁹⁹), só não sendo admissível um saldo negativo entre eles? Esta questão também pode ser colocada da seguinte forma: para que uma medida respeite o segmento da proporcionalidade e.s.e., tem de ser (positivamente) proporcional ou basta que não seja desproporcional?

A resposta pode ser matizada. Vejamos primeiro o ângulo do legislador. Como se sustentou anteriormente³⁷⁰⁰, há circunstâncias em que a proporcionalidade e.s.e.

³⁶⁹⁷ *A Theory...*, p. 103.

³⁶⁹⁸ V. capítulo 18.

³⁶⁹⁹ Recorde-se o conceito de empate ou paridade que vale para efeitos da metódica do princípio da proporcionalidade, enunciado *supra* (capítulo 17), inspirado em **Chang**, «Introduction», pp. 26-27; «Incommensurability...», p. 1597: A e B são *precisamente* iguais ou, pelo menos, *aproximadamente* iguais ou *mais ou menos* iguais.

³⁷⁰⁰ Capítulo 18.

pode exigir do legislador que as normas que adote produzam efeitos positivos cuja importância seja superior à dos efeitos negativos. Há outras em que basta que os efeitos positivos tenham *pelo menos* importância semelhante aos efeitos negativos. Neste segundo cenário, incluem-se as situações em que o legislador tem condições cognitivas suficientes para concluir pela paridade de pesos e as situações em que o legislador é afetado por uma situação de incerteza epistémica (predominantemente normativa).

Todavia, deve convir-se que este segundo cenário tem um relevo prático residual quando nos colocamos sob o ponto de vista do legislador e da proibição do excesso como norma de ação. Presumivelmente, um legislador racional sensível ao escrutínio democrático não adota uma solução sobre a qual tem apenas uma percepção, pontuada pela incerteza epistémica, de que produzirá efeitos positivos que não excedem os negativos ou sobre a qual tem uma leitura razoavelmente segura de que produz efeitos positivos com importância equivalente aos negativos. Nessas circunstâncias, muito provavelmente, o legislador optará por não adotar uma norma com *aquela* conteúdo.

Em qualquer dos casos, porém, para o que aqui interessa, o legislador não está obrigado a adotar uma solução ótima.

Considere-se o seguinte cenário: o legislador tem à sua disposição *M1*, *M2* e *M3*.

M1 é mais interferente do que *M2*, mas é mais eficiente do que *M2*.

Por seu turno, *M1* é tão interferente quanto *M3*, mas menos eficiente que *M3*.

Isto é, *M3* é tão interferente quanto *M1*, sendo, por isso, também mais interferente que *M2*, mas é mais eficiente que *M1* e acrescidamente mais eficiente que *M2* (na medida em que *M3* é mais eficiente que *M1* e *M1* é mais eficiente que *M2*).

Na perspetiva do segmento da necessidade (modalidade lata), o legislador pode adotar *M1*, *M2* ou *M3*. O segmento da necessidade não obsta a que o legislador, no uso da liberdade de conformação do meio, escolha qualquer uma das três alternativas, mas também não o obriga a optar por qualquer uma.

Vejamos, porém, o que se passa à luz da proporcionalidade e.s.e.

Admita-se que os efeitos positivos de *M1*, *M2* e *M3* superam sempre os efeitos negativos. Pode o legislador optar por *M1*, que é tão interferente quanto *M3*, mas menos eficiente que *M3*? Ou o segmento da proporcionalidade e.s.e. impõe-lhe a adoção da medida *ótima* entre as alternativas disponíveis, isto é, *M3*, aquela que

talvez estabeleça um melhor equilíbrio (ou um melhor saldo) entre efeitos positivos e efeitos negativos?

A resposta é a seguinte: mesmo que o legislador fosse capaz de desincumbir-se da tarefa hercúlea (ou, mais do que hercúlea, talvez inalcançável, por insuficiência cognitiva) de identificar todas as possibilidades concebíveis, de modo a isolar a medida ótima, a proporcionalidade e.s.e. na sua modalidade comum contenta-se com qualquer medida cujos efeitos positivos não sejam deficitários em relação aos negativos (e, na sua modalidade mais exigente, cujos efeitos positivos sejam superavitários, como sucede com *M1*, *M2* e *M3*). A norma não tem de ser optimizadora dos princípios ou dos bens, interesses ou valores colidentes, ou a melhor medida possível, ou uma das melhores medidas possíveis. O legislador pode adotar como ideia *autoregulativa* a procura de uma solução ótima, mas não está obrigado a tal.

Assumamos agora o prisma do juiz constitucional. Como vimos³⁷⁰¹, este não está inibido de controlar as ponderações do legislador - realizando, para isso, as suas próprias -, mas, em regra, a sua competência invalidante não vai além das situações em que há manifesta ou evidente desproporção ou manifesto ou evidente défice dos efeitos positivos. Mesmo nas situações em que do legislador se possa exigir a adoção de normas proporcionais - isto é, superavitárias quanto aos efeitos positivos -, o juiz só pode pronunciar-se pela violação da proporcionalidade e.s.e. em situações em que a situação deficitária ou de desproporcionalidade é evidente.

6. Conclusão: a proibição do excesso não induz otimização

Do que se expôs nos números anteriores flui que a proibição do excesso não tolera apenas medidas ótimas. O princípio da proibição do excesso não exige nem garante que o legislador descubra e adote:

- (i) a *melhor medida possível*;
- (ii) a *única resposta correta*;
- (iii) o *ponto de otimização*;

³⁷⁰¹ Capítulo 19.

- (iv) a (única) resposta que *maximiza ou otimiza* os bens, interesses ou valores (ou princípios) que colidem³⁷⁰²;
- (v) *uma* das respostas que maximizam ou otimizam os princípios colidentes;
- (vi) a medida que garanta uma maior diferença entre os efeitos positivos e os efeitos negativos.
- (vii) a medida que melhor otimize o fim que se pretende atingir;
- (viii) a medida mais proporcional.

Tudo o que o princípio da proibição do excesso impede é que o legislador adote uma norma: (i) que só produza efeitos negativos e não também positivos; (ii) cujos efeitos negativos sejam mais extensos do aquilo que é necessário tendo em conta os efeitos positivos que o legislador espera alcançar; (iii) cujo saldo entre efeitos negativos e efeitos positivos seja deficitário ou (em alguns casos) não seja superavitário.

Por natureza, o princípio da proibição do excesso como parâmetro de controlo não autoriza o juiz constitucional a ir mais longe do que isso na aplicação do princípio. Respeitados aqueles indicadores (e indutores) de racionalidade da decisão legislativa³⁷⁰³, a medida respeita o princípio da proibição do excesso, *mesmo que não integre a hipótese mais optimizadora* eventualmente concebível³⁷⁰⁴.

O que antecede não obsta a que a otimização possa ser tomada pelo legislador como uma orientação autoregulativa. Este pode fixar para si próprio o objetivo de produzir uma norma que satisfaça o máximo possível o bem, interesse ou valor prosseguido, ao mesmo tempo que interfere noutros bens, interesses ou valores o mínimo possível compatível com a obtenção daquele máximo. Isto é, o legislador pode fixar o objetivo do máximo ou do ótimo. Naturalmente, em termos pragmáticos, isso só está ao alcance do legislador perfeito ou em condições

³⁷⁰² Até aqui, há coincidência com a teoria dos princípios: cfr., por exemplo, **Virgílio Afonso da Silva**, «Teoria de los principios...», p. 250 (embora os opositores dessa teoria neguem por vezes que ela possa chegar a tal conclusão).

³⁷⁰³ Como sugere **Sartor**, «A Sufficientist Approach...», p. 17, a racionalidade não requer otimalidade cognitiva nem moral. O que se exige é que qualquer determinação - epistémica ou prática - seja suficientemente boa (aceitável, ou não inaceitável). A proibição do excesso está ao serviço de uma racionalidade global (com componentes de racionalidade teleológica, económica, consequencialista), contribui para ela, mas não a garante em toda a extensão.

³⁷⁰⁴ Coincidente, por exemplo, **Reuter**, «Die Verhältnismäßigkeit...», p. 514.

cognitivas perfeitas, que domina todos os contornos da situação, designadamente os empíricos, e é capaz de identificar a medida (ou, se não for única, as medidas) ótima, ou a melhor medida. Com esta configuração, o desiderato da otimização não pode deixar de ser autoregulativo, isto é, um desiderato definido pelo próprio legislador, não imposto pela constituição, nem imponível pelo juiz constitucional, através do princípio da proibição do excesso. A proibição do excesso não requer otimização, nem paretiana, nem alexiana. Basta o cumprimento de preceitos mínimos de racionalidade, expressos através dos três segmentos.

CEM CONCLUSÕES

Sobre o enquadramento global

1. O princípio clássico da proporcionalidade ou da proibição do excesso é um dos subprodutos da tensão dialética entre as escolas formalistas e anti-formalistas.
2. A sua aplicabilidade à atividade legislativa está adquirida, alicerçando a distinção entre proibição do excesso como norma de ação e proibição do excesso como norma de controlo.
3. Conceito vetorial é o de harmonização legislativa. Através desta pretende-se que na composição legislativa de bens, interesses ou valores colidentes nenhum seja desatendido ou integral e permanentemente sacrificado. As operações de harmonização podem resultar em vários tipos de harmonização: igualitária, paritária, equitativa ou equilibrada, se os bens, interesses ou valores colidentes logram graus de realização, satisfação ou proteção equivalentes; ou não igualitária, não paritária, não equitativa ou desequilibrada, se os bens, interesses ou valores colidentes atingem graus de realização, satisfação ou proteção não equivalentes.
4. Decorre um processo de enriquecimento, ramificação e diversificação da ideia de proporcionalidade. Esse processo gerou a proporcionalidade moderna. Sob a proporcionalidade moderna abrigam-se distintos instrumentos de harmonização: proibição do excesso ou proporcionalidade clássica, proibição do defeito, proporcionalidade equitativa e proporcionalidade retributiva.

Sobre a formação histórica da proibição do excesso

5. Com raízes no direito administrativo de polícia e no direito penal, a proibição do excesso é uma criação alemã da década de 1950. Propagou-se depois para outros Estados europeus, incluindo Portugal e para outros continentes e Estados, como o Canadá, o Brasil, Israel ou a África do Sul, podendo hoje dizer-se que se trata de um dos denominadores comuns do constitucionalismo global.

Sobre a proibição do excesso em rede

6. Na medida em que o princípio da proibição do excesso (e até outros instrumentos também tributários da proporcionalidade moderna) é profusamente aplicado no contexto dos ordenamentos jurídicos da União Europeia e da CEDH, pode falar-se de um princípio aplicável em rede, com sobreposições e interconexões complexas.

7. Isto obriga a recortar as relações entre o princípio da proibição do excesso de direito interno e as versões aplicáveis naqueles espaços jurídicos.

8. A completa dilucidação do modo como funciona aquela rede é por enquanto improfícua por causa da fluidez e da instabilidade concetual, estrutural e metódica que ainda se regista nesses níveis de aplicação.

Sobre o excecionalismo dos EUA

9. Não obstante a difusão quase universal da proibição do excesso, os EUA permanecem um caso à parte.

10. Nos EUA, quando está em causa o controlo judicial da limitação de direitos constitucionais pela lei há uma corrente jurisprudencial e doutrinal que aceita a realização de operações de *balancing* e outra que perfilha uma aproximação definicional. A construção de três níveis de escrutínio, *rational basis*, *strict scrutiny* e *intermediate scrutiny*, está essencialmente associada à segunda.

11. Sem embargo, discute-se se alguns destes *standards* não incorporam na sua estrutura operações de *balancing*.

12. Há quem defenda que alguns destes testes são sucedâneos da aplicação da proibição do excesso, mas isso não resiste a um exercício de confrontação das respetivas estruturas.

Sobre a doutrina portuguesa

13. Na doutrina portuguesa existem referências ao princípio da proibição do excesso (sob o *nomen iuris* de proporcionalidade) desde antes da Constituição de 1976. No entanto, foi depois desta que se acentuou o interesse em torno do princípio.

Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional

14. O Tribunal Constitucional tem aplicado, com crescente frequência e rigor, o princípio da proibição do excesso, pressupondo-lhe um âmbito de aplicação bastante extenso.

15. Todavia, a insistência em aplicar o princípio a todo o tipo de colisões, sem distinguir as várias configurações que estas podem revestir, tem prejudicado o rigor conceptual e a qualidade da argumentação e da justificação das suas decisões,

podendo isso ser, todavia, mitigado pela recente introdução da figura da proibição do defeito.

Sobre o fundamento

16. A constituição como ordem total e aberta interessa-se tendencialmente por todo o tipo de relações sociais, que são transformadas em relações constitucionais ou constitucionalmente relevantes. Isso traduz-se na eclosão de um conjunto cada vez mais numeroso e frequente de colisões normativas.

17. Para que não se criem situações de persistente bloqueio, atribui-se a largas zonas da constituição uma normatividade *prima facie*.

18. Uma das manifestações dessa normatividade *prima facie* é a consagração de comandos de harmonização. Da Constituição portuguesa, bem como de outros textos constitucionais e de direito internacional, constam vários.

19. A operacionalização dos comandos de harmonização realiza-se através de instrumentos mediadores de harmonização, entre os quais os que se abrigam sob a noção de proporcionalidade em sentido moderno. A proibição do excesso ou proporcionalidade clássica é um deles.

Sobre a conformação do fim

20. A conformação de um fim da norma pelo legislador é um dos pressupostos - e não uma componente estrutural - da aplicação da proibição do excesso.

21. Essa conformação está sujeita a limites externos e internos.

22. Os limites externos são, por um lado, a legitimidade do fim, traduzida na sua determinabilidade, consistência e validade e, por outro, o peso ou importância abstrata dos bens, interesses ou valores cuja prossecução constitui o fim da norma, bem como dos que afetará.

23. Para que o fim seja legítimo é necessário que seja permitido, prescrito ou não proibido pela constituição.

24. O cumprimento dos limites externos está sujeito a controlo pelo juiz constitucional.

25. Os limites internos, fixados pelo legislador e não sujeitos, em regra, a controlo judicial, são a necessidade da realização do fim, a importância da realização do fim nas circunstâncias concretas, a intensidade desejada de satisfação do fim nas

circunstâncias concretas e a relação entre o fim e os bens, interesses ou valores indiciariamente sacrificáveis.

Sobre o conceito de interferência

26. Conceito central da dogmática da proibição do excesso é o de interferência, que se define como toda e qualquer intervenção legislativa que sacrifique, suprima, reduza ou, em geral, afete desvantajosamente bens, interesses ou valores.

27. Como um dos tipos de interferência avulta o conceito de restrição de direitos, liberdades e garantias e, mais geralmente, de direitos fundamentais.

28. A definição de restrição conforme com a pretensão de normatividade plena da Constituição e dos direitos é uma definição ampla: para efeitos de aplicação do princípio da proibição do excesso e dos outros limites às restrições, é intervenção legislativa restritiva toda aquela que, independentemente da intenção do legislador, atenua ou afete o conteúdo, a extensão e o alcance ou as condições de gozo, fruição ou exercício de uma posição jurídica subjetiva de vantagem, ou acentue posições jurídicas subjetivas de desvantagem, ou aligere as posições jurídicas de desvantagem das entidades públicas (mesmo as não relacionais), decorrentes do âmbito de proteção ideal do direito, tal como resulte de interpretação constitucional subordinada a critérios de evidência.

29. A dinâmica constitucional gerou uma cláusula geral de restrições semelhante a cláusulas congêneres vigentes noutros ordenamentos.

Sobre a relação entre conteúdo essencial e proibição do excesso

30. A figura da garantia do conteúdo essencial dos preceitos de direitos fundamentais é distinta da figura da proibição do excesso.

31. A conceção constitucionalmente correta é a de um conteúdo essencial protegido categórica ou absolutamente, isto é, independentemente de ponderação. Com esse perfil constitucional, a proteção do conteúdo essencial é uma das formas de cerco deontológico à proibição do excesso.

Sobre a proibição absoluta de meios

32. Outra forma de cerco deontológico à proibição do excesso, parcialmente sobreponível à referida na conclusão anterior, é a proibição absoluta ou categórica

de determinados efeitos jurídicos da norma, independentemente dos fins ou efeitos materiais visados.

33. Se o meio - os efeitos jurídicos da norma - for, em si, categórica ou absolutamente proibido, não se põe a questão da sua avaliação à luz da proibição do excesso.

Sobre as intervenções legislativas a que se aplica a proibição do excesso

34. A proibição do excesso como parâmetro da ação do legislador é aplicável à produção de normas legislativas harmonizadoras de interesses públicos e posições subjetivas jusfundamentais colidentes, quando se verifique colisão normativa parcial-parcial entre a permissão de satisfação dos primeiros e a proibição de interferência nas segundas.

Sobre as funções da proibição do excesso

35. A proibição do excesso desempenha a função de instrumento de mediação e racionalização da produção e controlo de normas legislativas superadoras de colisões normativas.

36. A proibição do excesso cumpre funções instrumentais: (i) estruturadoras; (ii) racionalizadoras e objetivadoras; (iii) constitutivas; (iv) de transparência; (v) de delimitação de competências.

37. Todas estas funções, gerais e instrumentais, da proibição do excesso confluem numa função global de justificação, legitimação e integração das decisões do legislador e do juiz constitucional.

Sobre o segmento da adequação

38. Meio adequado é aquele que é intrinsecamente capaz de desencadear ou causar efeitos materiais positivos de promoção de bens, interesses ou valores visada pelo legislador. É requerida apenas uma eficiência mínima.

39. A adequação supõe a realização de juízos essencialmente qualitativos e empíricos, estando ausentes as ponderações.

Sobre o segmento da necessidade

40. Meio elegível como necessário é o que, entre os disponíveis, não tem alternativa consideravelmente menos interferente com intensidade de satisfação pelo menos aproximadamente igual.

41. A necessidade é, em Portugal (como noutros ordenamentos), o centro nevrálgico da proibição do excesso.

42. A necessidade pode assumir pelo menos três modalidades: lata, estrita e ponderada. A que vale, em regra, é a lata, aquela que preserva mais a liberdade de conformação do legislador. No entanto, em certas circunstâncias e domínios materiais, pode ter de ser mitigada. A necessidade ponderada deve ser afastada por razões metódicas e democráticas.

Sobre a ponderação

43. Ponderação é um método de argumentação e de deliberação que, na ausência de solução para uma colisão normativa dedutível de norma jurídica sobre colisões, visa a definição de relações de prevalência ou de igualdade, em abstrato ou em concreto, entre magnitudes normativamente significativas através da atribuição de pesos relativos. A proporcionalidade e.s.e. envolve uma modalidade específica de ponderação, de natureza bilateral ou plurilateral, com um objeto específico.

44. A ponderação é atacada nos seus pressupostos (designadamente pela incomensurabilidade dos bens, interesses ou valores ponderados), na sua pertinência, na sua praticabilidade e por ser incapaz de conduzir a resultados racionais.

45. As teses deontológicas, especificacionistas e outras que reivindicam o exclusivo ou predominante emprego de métodos lógico-silogísticos em situações de colisão (ou, para alguns dos seus defensores, de aparente colisão) perfilam-se como alternativas à ponderação.

46. Essencial à metódica da ponderação é a comparabilidade e não a comensurabilidade.

47. As tentativas de total formalização da ponderação – especialmente a da proporcionalidade e.s.e. – através da respetiva matematização são excessivas e não têm sucesso. No entanto, é possível conceber um modelo minimamente formalizado, que assegure a racionalidade da ponderação.

48. Esse modelo deve ser subsidiado e complementado com teorias materiais, uma vez que a técnica da ponderação é axiologicamente neutral.

Sobre o segmento da proporcionalidade em sentido estrito

49. Meio proporcional e.s.e. é aquele cujos efeitos marginais positivos não têm importância inferior aos efeitos marginais negativos.

50. Na esfera do segmento da proporcionalidade e.s.e. valoram-se e contrapesam-se os efeitos positivos referentes à satisfação de bens, interesses ou valores e os efeitos negativos de interferência em bens, interesses ou valores com aqueles colidentes, com o auxílio de um *tertium comparationis* que permita estabelecer uma relação ordinal, de mais/menos (ou maior/menor) ou igual, entre a importância daqueles efeitos.

51. No contexto de uma constituição de *liberdade* (e de uma Constituição portuguesa de liberdade), um *tertium comparationis* quase incontornável é o do impacto que os efeitos produzem sobre o *ambiente geral de liberdade*.

52. De acordo com a formulação negativa aplicável ao segmento da proporcionalidade e.s.e., visa-se assegurar a não desproporcionalidade entre os termos de comparação e não, positivamente, a proporcionalidade.

53. A corrente cética em relação ao potencial de racionalidade e objetividade da proporcionalidade e.s.e. degrada-a a mero *instrumento de assistência à razão* na escolha entre incomensuráveis.

54. Todavia, a proibição do excesso e, designadamente, a proporcionalidade e.s.e. é mais do que isso: é uma técnica racionalmente estruturada, catalisadora de um processo racional de decisão, mediadora de decisões racionais.

55. A proporcionalidade e.s.e. induz à adoção de decisões que correspondem a três exigências: racionalidade formal, racionalidade substantiva (ou adequação moral), coerência contextual.

Sobre a amplitude e intensidade do controlo judicial

56. A amplitude do poder de controlo judicial da observância da proibição do excesso pode variar segundo vários fatores.

57. Em geral, tratando-se de processos a que preside uma orientação objetivista, os poderes instrutórios do juiz constitucional suprem e permitem ir além dos

elementos – designadamente de prova – carreados pelos demais sujeitos processuais.

58. A apreciação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade e.s.e. é, primariamente, uma apreciação negativa (da inadequação, da desnecessidade e da desproporcionalidade).

59. A declaração de invalidade de normas por violação de qualquer dos segmentos assenta, em regra, numa convicção de evidência.

Sobre a qualificação da norma da proibição do excesso

60. Não existe um critério indiscutível que permita distinguir, em todos os casos, regras e princípios. Embora haja normas que, à partida, se enquadram na maioria dos critérios propostos, designadamente funcionais e estruturais, outras escapam a esses critérios.

61. Em muitos casos, só em episódios de aplicação concreta é possível determinar se uma norma se aproxima mais daquilo que os critérios dominantes indicam ser uma regra ou um princípio.

62. A proibição do excesso, com o seu hibridismo estrutural, quer como norma de ação quer como norma de controlo, dificilmente se enquadra em algum daqueles critérios dominantes, aproximando-se nuns casos da natureza de regra, noutros da natureza de princípio.

Sobre a relação entre proibição do excesso e proibição do defeito

63. Proibição do excesso e proibição do defeito têm autonomia analítico-dogmática.

64. A *vexata quaestio* da escolha entre as teses da congruência e as teses da autonomia propende a ser ultrapassada. Na verdade, embora a proibição do defeito incorpore estruturalmente freios limitadores da capacidade expansiva dos deveres de ação quando está em causa uma colisão entre um dever de ação e um dever de abstenção do legislador, proibição do defeito e proibição do excesso são duas figuras autónomas, com âmbitos e perspetivas de aplicação, estruturas, funções e metódicas aplicativas diferentes.

65. Deve distinguir-se entre sentido próprio e alguns sentidos mais latos e impróprios de proibição do defeito. A proibição do defeito em sentido próprio é um instrumento de harmonização que envolve operações de ponderação. A proibição

do defeito em sentido lato ou impróprio comporta aplicações que não requerem ponderação.

66. O destinatário da proibição do defeito como norma de ação é o legislador.

67. Para efeitos da proibição do defeito como norma de ação, importa distinguir consoante os comportamentos – ativos ou omissivos – do legislador respeitam: (i) a situações de colisão entre dois deveres seus com igual força constitucional, um de ação, outro de ação ou de abstenção; ou (ii) a situações de colisão entre um dever de ação e a permissão de promoção de um bem, interesse ou valor que não é objeto de nenhum dever constitucional.

68. À modalidade da proibição do defeito aplicável em (i), atribui-se a designação proibição do defeito paritária; à modalidade aplicável em (ii), proibição do defeito não paritária. A primeira visa uma harmonização paritária. A segunda permite uma harmonização não paritária.

69. Independentemente de haver ou não uma ritualização que dê visibilidade à metódica aplicativa da proibição do defeito como norma de ação, esta vale como programa final ou diretiva de cumprimento ótimo dos deveres em causa.

70. Fim imediato do comportamento do legislador sujeito à proibição do defeito é a causação ou desencadeamento de efeitos materiais de satisfação de bens, interesses ou valores. Fim mediato é a resolução harmonizada de uma colisão. Estas noções sofrem uma adaptação quando está em causa a modalidade paritária. Nesta, fim mediato é o cumprimento de um meta-dever de superação da colisão entre deveres e entre bens, interesses ou valores através de uma solução que os satisfaça a todos de forma paritária e ótima.

71. A proibição do defeito impõe que o legislador identifique as alternativas adequadas e as compare.

72. Se houver uma alternativa de comportamento – ativo ou omissivo – que inequivocamente promova um cumprimento mais satisfatório do dever de ação (na modalidade não paritária) ou o compromisso paritário ótimo (na modalidade paritária) entre os bens, interesses ou valores colidentes, o sentido normativo da proibição do defeito aponta para a sua adoção.

73. A proibição do defeito é um instrumento de harmonização otimizadora. Todavia, a compressão da liberdade de conformação do legislador que parece decorrer daí é mais nominal do que real.

74. O destinatário da proibição do defeito como norma ou parâmetro de controlo é o juiz constitucional.

75. Atendendo à ritualização processual da apreciação judicial da constitucionalidade, a aplicação da proibição do defeito como norma de controlo desenrolar-se-á, em regra, através de passos correspondentes aos segmentos estruturais, segundo uma metódica cumulativa.

76. Como norma de controlo, a função primordial da proibição do defeito é a parametrização de juízos sobre a justificação de omissões totais ou parciais, isto é, sobre a justificação do não integral cumprimento dos deveres do legislador, nas várias configurações referidas.

77. No âmbito da aplicação da proibição do defeito como norma de controlo sobressai a dicotomia entre (i) situações de (alegada) omissão total e (ii) situações de (alegada) omissão parcial do cumprimento dos deveres do legislador.

78. Do ponto de vista estrutural e metódico, há diferenças entre a proibição do defeito como norma de controlo de omissões totais e de omissões parciais.

79. As omissões totais estão sujeitas a um teste sintético de proibição do defeito, uma vez que o segmento da adequação é praticamente inócuo e o segmento da necessidade é vazio. Atuante e conseqüente é apenas o segmento da proporcionalidade e.s.e.

80. As omissões parciais são apreciadas através da aplicação dos segmentos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade e.s.e., na configuração específica da proibição do defeito.

81. A intensidade e amplitude do controlo judicial não variam em função das modalidades da proibição do defeito.

82. Há um desnivelamento entre o que a norma de ação exige do legislador e o que o parâmetro de controlo permite ao juiz constitucional.

83. Em qualquer das duas modalidades de proibição do defeito, a regra é um controlo de evidência, embora não se exclua, em casos limite, o deslizamento para controlos de defensabilidade.

Sobre a proporcionalidade retributiva

84. O princípio da proibição do excesso aplica-se às normas penais (e, com adaptações, ao demais direito sancionatório), com algumas especificidades, designadamente a que resulta do princípio da necessidade da intervenção penal.

85. A proporcionalidade retributiva aplica-se ao ato de aplicação concreta de penas, sendo preferível uma conceção de proporcionalidade mitigadamente retributiva.

Sobre a proporcionalidade equitativa

86. A proporcionalidade equitativa é aplicável em situações de sobreposição cruzada e multipolar de deveres *prima facie* de ação e deveres *prima facie* de abstenção do legislador que não desencadeiam pretensões subjetivas de preferência *prima facie*, sustentadas na constituição ou na lei, cabendo ao legislador criar condições de harmonização do seu exercício pelos respetivos titulares.

Sobre a relação entre proibição do excesso e proporcionalidade quantitativa

87. A ideia de proporcionalidade quantitativa tem um sentido matemático-contabilístico. Reporta-se a situações em que não existe a relação causa-efeito entre um meio e um fim que subjaz a alguns segmentos da proibição do excesso, importando antes relações entre variáveis comensuráveis.

Sobre a relação entre proibição do excesso e concordância prática

88. Se se quiser extrair da noção de concordância prática tudo o que está no seu espírito “hessiano” inicial, ela não se afasta muito do conceito de harmonização usado neste trabalho. Por isso, poderia falar-se de um comando, de um objetivo ou de um resultado de harmonização ou de concordância prática.

Sobre a relação entre proibição do excesso e razoabilidade

89. Há teses de separação e de integração.

90. As teses da separação salientam a diferença estrutural. A proibição do excesso tem subjacente uma relação entre meios e fins e efeitos positivos e efeitos negativos, implicando a realização de ponderação, enquanto a razoabilidade se preocupa simplesmente com os efeitos negativos que uma medida provoca sobre universos subjetivamente individualizados.

91. As teses da integração salientam que as preocupações que motivam a proposta de autonomização da razoabilidade são atendidas por outros institutos já suficientemente densificados, como a proibição da afetação do conteúdo essencial ou do emprego de certos meios ou, noutra vertente, a proibição do excesso.

Sobre a relação entre proibição do excesso e igualdade

92. A associação entre o princípio da igualdade e uma ideia de proporcionalidade é antiga: daí a expressão igualdade proporcional. Contudo, confrontando as estruturas das versões fraca (igualdade como proibição do arbítrio) e forte (igualdade com ponderação) do princípio da igualdade e da proibição do excesso não há coincidência ou justaposição.

93. O momento de ponderação incorporado pela versão forte do princípio da igualdade não se confunde com a ponderação de efeitos positivos e de efeitos negativos realizada no contexto da proporcionalidade e.s.e.

94. Por outro lado, os outros segmentos da proibição do excesso não têm correspondência na estrutura do princípio da igualdade.

Sobre a relação entre proibição do excesso e proteção da confiança

95. O princípio da proteção da confiança, princípio de gestação jurisprudencial, conheceu até ao momento quatro formulações: (i) antiga; (ii) intermédia ou dos dois critérios; (iii) nova ou dos quatro requisitos; (iv) nova *plus* ou dos quatro requisitos mais um.

96. O processo de definição da relação com o princípio da proibição do excesso ainda não está concluído. A jurisprudência constitucional mantém em aberto pelo menos três possibilidades: (i) configuração do princípio da proteção da confiança como uma *versão enfraquecida* do princípio da proibição do excesso; (ii) configuração do princípio da proteção da confiança como um parâmetro *distinto* do princípio da proibição do excesso; (iii) configuração do princípio da proteção da confiança como uma antecâmara ou uma *derivação* da proibição do defeito.

Sobre a não exigência de otimização

97. A proibição do excesso não tolera apenas normas legislativas ótimas.

98. O princípio da proibição do excesso impede simplesmente que o legislador adote uma norma: (i) que só produza efeitos negativos e não também positivos; (ii) cujos efeitos negativos sejam mais extensos do que aquilo que é indispensável, tendo em conta os efeitos positivos que o legislador espera alcançar; (iii) cujo saldo entre efeitos negativos e efeitos positivos seja deficitário ou (em alguns casos) não superavitário.

99. Respeitados estes critérios (indutores) de racionalidade da decisão legislativa, a medida respeita o princípio da proibição do excesso, mesmo que não traduza a hipótese mais otimizada eventualmente concebível.

100. Por natureza, o princípio da proibição do excesso como parâmetro de controlo não autoriza o juiz constitucional a ir mais longe na sua aplicação do que aquilo que é inerente ao princípio da proibição do excesso como norma de ação.

Bibliografia estrangeira sobre o princípio da proibição do excesso e temas adjacentes

AAVV, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994.

AAVV – *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Actas do Colóquio organizado pelas Ordens de Advogados de Liège e de Lyon em 24 de novembro de 1994, Liège, 1995.

ADAMOVICH, LUDWIG – «Marge d'appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans l'appréciation des restrictions prévus par la loi au regard de la Convention européenne des droits de l'homme», in *RTDH*, vol. 7 (1991), pp. 291-300.

D'ANDREA, LUIGI - *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2000.

ALBERS, MARION - «Gleichheit und Verhältnismässigkeit», in *JuS*, vol. 48 (2008), pp. 945-949.

ALBRECHT, RÜDIGER KONRADIN – *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Duncker und Humblot, Berlim, 1995.

ALEINIKOFF, ALEXANDER T. - «Constitutional Law in the Age of balancing», in *YLJ*, vol. 96 (abril, 1987), pp. 943-1005.

ALEINIKOFF, ALEXANDER T. - «Balancing», in Garvey/Aleinikoff (eds.), *Modern Constitutional Theory*, West Publishing Company, Saint Paul, pp. 102-112.

ALEXY, ROBERT - *Derecho y razón práctica*, 2.^a ed., Fontamara, México D.F., 1998.

ALEXY, ROBERT - «Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit». in *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, VVDStRL 61 (2001), pp. 7-30.

ALEXY, ROBERT - «Constitutional Rights, Balancing and rationality», in *Ratio Juris*, vol. 16, n.º 2 (Junho 2003), pp. 131–140.

ALEXY, ROBERT - «Die Gewichtsformel», in Joachim Jickeli *et al* (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlin, 2003, pp. 771-792; trad. castelhana, «La fórmula del peso», in Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 13-42.

ALEXY, ROBERT - *Epílogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.

ALEXY, ROBERT - «Discourse Theory and Fundamental Rights», in Agustín J. Menéndez / Erik O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Springer, Dordrecht, 2006, pp. 15- 29.

ALEXY, ROBERT - «The Weight Formula», in J. Stelmach / B. Brożek/ W. Załuski (eds.), *Studies in the Philosophy of Law*, vol. 3, Jagiellonian University Press, Cracovia, 2007, pp. 9-27.

ALEXY, ROBERT - «Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz», in Jan-R. Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden 2007, pp. 105-121;

- «On constitutional rights to protection», in *Legisprudence*, vol. III, n.º 1 (2009), pp. 1-17;

- «Sobre los Derechos Constitucionales a Protección», in Robert Alexy (ed.), *Derechos Sociales y Ponderación*, 2.ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 45-84;

- «Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección», in Jan-R. Sieckmann (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 119-135.

ALEXY, ROBERT (ed.) - *Derechos Sociales y Ponderación*, 2.ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

ALEXY, ROBERT - «The Construction of Constitutional Rights», in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, n.º 1 (2010), pp. 20 – 32.

ALEXY, ROBERT - «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidade», in *REDC*, vol. 91 (janeiro-abril 2011), pp. 11-29.

ALEXY, ROBERT – *Constitucionalismo Discursivo*, 3.^a ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.

ALLAN, TREVOR R.S - «Democracy, Legality, and Proportionality», in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 205-233.

ALMEIDA, MARIA CHRISTINA DE - «Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 30 (1998), pp. 350-394.

AMADO, JUAN GARCIA - «El Juicio de Ponderación y sus Partes. Una Crítica», in Robert Alexy (ed.), *Derechos Sociales y Ponderación*, 2.^a ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 249-331.

ALEXY, ROBERT – «Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade», in *BFDUC*, vol. LXXXVIII, tomo II (2012), pp. 511-526.

ANDENAS, MADS / UEDA, JUNKO - «Balancing Free Trade and the Environment: Assessing Proportionality Review in the EU», in *Asia-Pacific Journal of EU Studies* vol. 4, n.º 1 (2006), pp.1-26.

ANDENAS, MADS / ZLEPTNIG, STEFAN - «Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective», in *Texas International Law Journal*, vol. 42 (2007), pp. 371- 423.

D'ANDREA, LUIGI - *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffré, Milano, 2005.

ANDREESCU, MARIUS - «Principle of Proportionality, Criterion of Legitimacy in the Public Law», in *Lex et Scientia International Journal*, vol. 18 (2011), pp. 113-120.

ANDREESCU, MARIUS - *Proportionality in Constitutional Law*, Publishing House C.H. Beck, Bucureşti, 2007.

ANTAKI, MARK - «The Rationalism of Proportionality's Culture of Justification», in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 284-308.

ANTIEU, CHESTER JAMES – *Adjudicating Constitutional Issues*, Oceana, Londres/Nova Iorque/Roma, 1985.

ANZON, ADELE - «Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza», in Roberto Romboli (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli Editore, Torino, 1990, pp. 31-38.

ARAI-TAKAHASHI, YUTAKA – *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002.

ARAI-TAKAHASHI, YUTAKA – «Scrupulous but Dynamic’—the Freedom of Expression and the Principle of Proportionality under European Community Law», in *Yearbook of European Law*, vol. 24, n.º 1 (2005), pp. 27-79.

ARLAND, KATHARINA CZERWENY VON - *Die Arbeitskämpfungsmittel der Gewerkschaften und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, Peter Lang, Frankfurt, 1993.

ARNAU, MARIA LUISA CUERDA - «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», in *Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, tomo I, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pp. 447-491.

ARNAULD, ANDREAS VON - «Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes», in *JZ*, vol. 55., n.º 6 (2000), pp. 276-280.

ARNDT, ADOLF - «Zur Güterabwägung bei Grundrechten», in *NJW* (1963), pp. 869-872.

ARROYO, LUIZ - «Tailoring the Narrow Tailoring Requirement in the Supreme Court's Affirmative Action Cases», in *Cleveland State Law Review*, vol. 58 (2010), pp. 648-684.

ATTARAN, AMIR. - «A Wobbly Balance - A Comparison of Proportionality Testing in Canada, the United States, the European Union and the World Trade Organization», in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 56 (2007), pp. 260-306.

AUFFERMANN, PETER - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, Würzburg, 1975.

ÁVILA, HUMBERTO, «A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade», in *Revista de Direito Administrativo* 215 (1999), pp. 151-179; v. também, mesmo título, in *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, vol. 1, n.º 4 (jul. 2001), acessível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf.

ÁVILA, HUMBERTO – *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, São Paulo, 2003; 7.ª ed., 2007.

ÁVILA, HUMBERTO – *Theory of legal principles*, Springer, Dordrecht, 2007.

BAKER, AARON – *Proportionality under the UK Human Rights (Human Rights Law in Perspective)*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

BARAK, AHARON - «Proportionality and Principled Balancing», in *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4 (2010), pp.1-16.

BARAK, AHARON - *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

BARCELLOS, ANA PAULA - *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

BARENTS, RENÉ. – «The System of Deposits in Community Agricultural Law: Efficiency v. Proportionality», in *ELR* 10 (1985), pp. 239-249.

BARILE, PAOLO - «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici», in *Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 21-42.

BARNÉS, JAVIER - «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», in *RAP*, vol. 135 (1994), pp. 495-535.

BARNÉS, JAVIER – «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», in *CDP*, vol. 5 (1998), pp. 15-50.

BARNÉS, JAVIER – «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico», in *CDP*, vol. 5 (1998), pp. 333-370.

BARRANCO, NORBERTO-JAVIER DE LA MATA - *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

BARROS, SUSANA DE TOLEDO – *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade de Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 1996.

BARROSO, LUIS ROBERTO - «Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito Constitucional», in *Revista dos Tribunais*, ano 6, vol. 23 (abr-jun. 1998); acessível em <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007>

BASTRESS JR., ROBERT M. – «The less restrictive alternative in constitutional adjudication: an analyses, a justification and some criteria», in *VanLR*, vol. 27 (1974), pp. 971-1041.

BASTRESS JR., ROBERT M., “El principio de «la alternativa menos restrictiva» en *Derecho constitucional norteamericano*”, in *CDP*, vol. 5 (1998), pp. 239-254; também acessível em

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=517>

BEATTY, DAVID M. – *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, USA, 2005.

BECKER, FLORIAN - «Verhältnismäßigkeit», in Hanno Kube et al. (eds.), *Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag. Band I*, C.F. Müller, Heidelberg, 2013, pp. 12-27.

BECKER, HANS JOACHIM - «Das verfassungsmäßige Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Bericht und Betrachtungen über die Helgoländer Richtertagung» 1977, in *SchlHA* (1977), pp. 161-166.

BEILFUSS, GONZÁLEZ MARKUS – *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2003.

BELLEY, NATHALIE – «L'émergence d'un principe de proportionnalité», in *Les Cahiers de droit*, vol. 38, n° 2 (1997), pp. 245-313.

BENDER, BERND - «Verhältnismäßigkeit und Vermeidbarkeit des Verwaltungshandelns», in *NJW* (1955), pp. 938-939.

BENITO, VITORIA ORTEGA - *El Principio de proporcionalidad y su aplicación judicial. Especial consideración del proceso penal*, Tese, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1989.

BENVINDO, JULIANO ZAIDEN - *On the limits of constitutional adjudication. Deconstructing balancing and judicial activism*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2010.

BERKA, WALTER - «Das "eingriffsnahe Gesetz" und die grundrechtliche Interessenabwägung», in Heinz Mayer (org.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter*, Manz, Wien, 1991, pp. 37-61.

BERMANN, GEORGE A. - «The principle of proportionality», in *American Journal of Comparative Law*, vol. 26, suppl. (1977-1978), pp. 415-432.

BERNSTORFF, JOCHEN VON - «Proportionality without Balancing – Why Judicial ad hoc-balancing is unnecessary and potentially detrimental to the realization of individual and collective self-determination», in Liora Lazarus / Christopher McCrudden / Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 63-86.

BETTERMANN, KARL AUGUST - *Grenzen der Grundrechte*, De Gruyter, Berlin, 1968 (2.^a ed., 1976).

BHAGWAT, ASHUTOSH - «The Test that Ate Everything: Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence», in *University of Illinois Law Review*, vol. 3 (2007), pp. 783-838.

BICE, SCOTT H. - «Rationality analysis in constitutional law», in *Minnesota Law Review*, vol. 65, 2 (1980-1981), pp. 1-62.

BIHAN, VALERIE GOESEL -LE - «Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel», in *RFDC* (1997), pp. 227-267.

BIHAN, VALERIE GOESEL -LE - «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, in « le réalisme en droit constitutionnel», in *Cahiers du Conseil constitutionnel* (2007), pp. 141-145.

BIHAN, VALERIE GOESEL -LE - «Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: figures récentes», in *RFDC* (2007), pp. 269-295.

BIHAN, VALERIE GOESEL -LE - «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel. Présentation Générale», in *Petites Affiches*, vol. 46, n.º especial (2009), pp. 62-69.

BIHAN, VALERIE GOESEL -LE, - «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques?», acedido em http://institutvilley.com/IMG/pdf/Valerie_Goesel-Le_Bilhan.pdf

BILCHITZ, DAVID - «Does Balancing Adequately Capture the Nature of Rights?», in Stu Woolman/David Bilchitz (eds), *Is this Seat Taken? Conversations at the Bar, the Bench and the Academy about the South African Constitution*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2012, pp. 267-289, acedido em http://www.pulp.up.ac.za/pdf/2012_08/2012_08.pdf

BILCHITZ, DAVID - «Necessity and Proportionality: Towards a Balanced Approach», in Liora Lazarus, Christopher McCrudden & Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 41-62.

BIN, ROBERTO - *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

BIN, ROBERTO - «Ragionevolezza e divisione dei poteri», in *Diritto e questioni pubbliche* (2002), pp. 115-131.

BINDI, ELENA - «Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale)», acedido em <http://www3.unisi.it/ianus/numero%2010/01%20bindi.pdf>.

BLAAUW-WOLF, LOAMMI - «The 'balancing of interests' with reference to the principle of proportionality and the doctrine of Güterabwägung – a comparative analysis», in *SA Public Law*, vol. 14 (1999), pp. 178-214.

BLECKMANN, ALBERT - «Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzip», in *JuS* (1994), pp. 177-183.

BLOCHER, JOSEPH - «Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis», in *New York University Law Review*, vol. 84, 2 (maio 2009), pp. 375-439.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG - «Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken : zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik», in *Der Staat*, vol. 42 (2003), pp. 165-192.

BOMHOFF, JACCO - «Genealogies of Balancing as Discourse», in *Journal of Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 1 (2010), pp. 125-140.

BOMHOFF, JACCO - *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

BONAVIDES, PAULO - «O princípio constitucional da proporcionalidade e da proteção dos direitos fundamentais», in *Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais*, vol. 34 (1994), pp. 275-291.

BONGIOVANNI, GIORGIO/ SARTOR, GIOVANNI / VALENTINI, CHIARA (ed.) – *Reasonableness And Law: Legal And Constitutional Theory/private, Public And International Law*, Springer, Dorderecht, Heidelberg, London, New York, 2009.

BONNARD, ALEXANDRE - «Le principe de proportionnalité en droit public Suisse», in *Recueil de travaux du Xème Congrès international de droit comparé*, Basileia, 1979, pp. 201-219.

BOUSTA, RHITA - «La “spécificité” du contrôle constitutionnel français de proportionnalité», in *RIDC*, n.º 4 (jan. 2007), pp. 859-877.

BOUSTA, RHITA - «Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes», in *RFDC*, n.º 88 (2011), pp. 913-930.

BOYRON, SOPHIE - «Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?» in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, Nº. 2 (1992), pp. 237-264.

BRADY, ALAN - *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, tese, Londres, 2009, consultado em Junho de 2013 em http://etheses.lse.ac.uk/255/1/Brady_A%20structural%20institutionally%20sensitive%20model%20of%20proportionality%20and%20deference%20under%20the%20human%20rights%20act%201998.pdf

BRADY, ALAN - *Proportionality And Deference Under The Uk Human Rights Act. An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

BRAGA, VALESCHKA DA SILVA - *Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade*, 2.^a ed., Juruá, Curitiba, 2008.

BRAIBANT, GUY - «Le principe de la proportionnalité», in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, II, Paris, 1974, pp. 297-306.

BRAMMER, GERNOT – *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach deutschem und belgischem Recht*, Shaker, Aachen, 2001.

BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET - *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo, 2009.

BRÜNING, CHRISTOPH - «Gleichheitsrechtliche Verhältnismässigkeit», in *JZ*, vol 56 (2001), pp. 669-673.

BUECHELE, PAULO ARMÍNIO TAVARES – *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

BÚRCA, GRÁINNE DE – «The Principle of Proportionality and its Application in Community Law», in *YEL* (1993), pp. 105-150.

BÚRCA, GRÁINNE DE – «Wednesbury Unreasonableness and Proportionality», in Mads Andenas (ed), *English Public Law and the Common Law of Europe*, Key Haven, London, 1998, pp. 53-82.

BÚRCA, GRÁINNE DE – «Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law», in Bernitz/Nergelius (eds), *The General Principles of EC Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 93-112.

ÇALI, BASAK - «Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions», in *Human Rights Quarterly*, vol. 29 (2007), pp. 251-270.

CALLIESS, CHRISTIAN - «Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten», in Rainer Grote (org), *Die*

Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 201-219.

CANARIS, CLAUS-WILHELM - «Grundrecht und Privatrecht», in *AcP*, vol. 184 (1984), pp. 201-246.

CANARIS, CLAUS-WILHELM - «Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht», in *JZ*, vol. 42 (1987), pp. 993-1004.

CANARIS, CLAUS-WILHELM - «Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts», in *JuS* (1989), pp. 161-172.

CANARIS, CLAUS-WILHELM - *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, Coimbra, 2012.

CANNIZZARO, ENZO - *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000.

CANNIZZARO, ENZO/ DE VITTOR, FRANCESCA - «Proportionality in the European Convention on Human Rights», in Robert Kolb/Gloria Gaggioli (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, Northampton, 2013, pp. 125-145.

CARA, JUAN CARLOS GAVARA DE - «El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales», in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n° 3 (2003), pp. 1803-1830.

CARBONELL, MIGUEL (coord.) - *El principio de proporcionalidad en el estado constitucional*, Universidade Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

CARBONELL, MIGUEL (ed.) - *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia Y Derechos Humanos, Quito, 2008.

CARBONELL, MIGUEL/ CASTRO, P.P. GRÁNDEZ (eds.) - *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, 2010.

CARBONELL, MIGUEL (coord.) - *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 2.^a ed., Editorial Porrúa, México D.F., 2011.

CARIGLIA, MICHELA - «L'operatività del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale», in La Torre/Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2002, pp. 173-205.

CARIGLIA, MICHELA - *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2003.

CARRASCO PERERA, ANGEL - «El "juizio de razonabilidad" en la justicia constitucional», in *REDC*, vol. 11 (maio/agosto 1984), pp. 39-106.

CASTILLO BLANCO, FREDERICO A. - *Principio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias*, Tecnos, Madrid, 1995.

CASTRO, CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA – *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 1989.

CERRI, AUGUSTO - «Ragionevolezza delle leggi», in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, XXV, 1994, pp. 1-27.

CERRI, AUGUSTO - *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Aracne, Roma, 2007.

CHAPMAN, BRUCE - «Incommensurability, Proportionality, and Defeasibility», acedido através de https://www.academia.edu/2091238/Incommensurability_Proportionality_and_Defeasibility em outubro de 2014.

CHELI, ENZO - «Eguaglianza, ragionevolezza e bilanciamento negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana», in *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, 1998, pp. 579-590.

CHELI, ENZO - *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

CHOUDHRY, SUJIT - «So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter's* Section 1», in *Supreme Court Law Review*, vol. 34 (2006), pp. 502-535.

CHRISTOFFERSEN, JONAS - *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

CHRISTOFFERSEN, JONAS - «Straight Human Rights Talk — Why Proportionality does (not) Matter?», in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 55 (2010), pp. 11-44.

CIANCIARDO, JUAN – *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

CIANCIARDO, JUAN - «The Principle of Proportionality: the Challenge of Human Rights», in *Journal of Civil Law Studies*, vol. 3 (janeiro 2010), pp. 177-186.

CICIRIELLO, MARIA CLELIA - *Il Principio di Proporzionalità nel Diritto Comunitario*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999.

CIYILTEPE-PILARSKY, DENIZ - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und seine Auswirkungen auf Beweisanordnungen*, Peter Lang, Frankfurt/M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1995.

CLASSEN, CLAUS DIETER - «Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Spiegel europäischer Rechtsentwicklungen», in Michael Sachs & Helmut Siekmann (eds.), *Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*, 2012, pp. 651-667.

CLAYTON, RICHARD - «Regaining a sense of proportion: The Human Rights Act and the proportionality principle», in *European Human Rights Law Review*, vol. 5 (2001), pp. 504-525.

CLÉRICO, LAURA - *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

CLÉRICO, LAURA - «Verhältnismässigkeitsgebot und Untermassverbot», in Jan-R. Sieckmann, *Die Prinzipientheorie Der Grundrechte, Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 151-178.

CLÉRICO, LAURA - *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

CLÉRICO, LAURA - «Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts», in Clérico / Sieckmann, *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 151-164.

CLÉRICO, LAURA - «Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad», in Jan-R. Sieckmann (ed.) *La teoria principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 169-206.

CLÉRICO, LAURA - «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternativa» in Clérico, Sieckmann, Oliver Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 177-198.

COGNETI, STEFANO - *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2010.

COFFIN, FRANK N. - «Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice», in *New York University Law Review*, vol. 63 (1988), pp. 16-42.

COHEN-ELIYA, MOSHE / PORAT, IDDO - «The Hidden Foreign Law Debate in Heller. The Proportionality Approach in American Constitutional Law», in *San Diego Law Review*, vol. 46 (2009), pp. 367 ss; consultada a versão eletrônica em Setembro de 2012 em <http://ssrn.com/abstract=1317833>

COHEN-ELIYA, MOSHE / PORAT, IDDO - «American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins», in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8 (2010), pp. 263-286.

COHEN-ELIYA, MOSHE / PORAT, IDDO - «Proportionality and the Culture of Justification», in *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2 (2011), pp. 463-490.

COHEN-ELIYA, MOSHE / PORAT, IDDO - *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, New York, 2013.

COLLA, EMMANUEL - «Le principe de proportionnalité en droit constitutionnel belge» in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français. Actes du colloque organisé par les Barreaux de Liège e de Lyon*, Jeune Barreau de Liège, Liège, 1995, pp. 85-101.

CONCI, LUIZ GUILHERME ARCARO «Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade», in Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha / Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (coord.), *Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda*, Forense, Rio de Janeiro, 2008; também «Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos», in *Revista Diálogo Jurídico*, vol. 17 (2008), acedido através de http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/guilherme_conci_dir_fundamentais.pdf

CONTIADES, XENOPHON / FOTIADOU, ALKMENE - «Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation», in *I•CON*, vol. 10, n.º 3 (2012), pp. 660-668.

CORASANITI, ALDO - «Introduzioni ai lavori del seminario "Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale"», in *Atti del*

seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 Ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994.

CORASANITI, ALDO - *La ragionevolezza come parametro del giudizio di legittimità costituzionale*, CEDAM, Padova, 1995.

CORREA, TERESA AGUADO - *El principio de proporcionalidade en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.

COSTA, ALEXANDRE ARAUJO - *O controlo da razoabilidade no Direito Comparado*, Brasília, Thesaurus, 2008.

COSTA, JEAN-PAUL - «Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat», in *AJDA*, vol. 7/8 (1988), pp. 434-437.

CRAIG, PAUL - «Unreasonableness and Proportionality in the UK Law», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 85-106.

CRAIG, PAUL - «Proportionality, Rationality and Review», in *New Zealand Law Review*, número temático (2010), pp. 265-301.

CREMONA, JOHN JOSEPH - «The proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für R. Bernhardt*, Berlin/Heidelberg/Nova Iorque, 1995, pp. 323-327.

CUBILLOS, FUENTES, H. — «El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena», in *Ius et praxis*, vol. 14, n° 2 (2008), pp. 1-24.

CURRIE, IAIN - «Balancing and the Limitation of Rights in the South African Constitution», in Stu Woolman/David Bilchitz (eds), *Is this Seat Taken? Conversations at the Bar, the Bench and the Academy about the South African Constitution*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2012, pp. 251-265, consultado em http://www.pulp.up.ac.za/pdf/2012_08/2012_08.pdf

DAHLINGER, ERICH - «Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung?», in *DÖV* (1966), pp. 818-820.

D'AVOINE, MARC - *Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit: insbesondere gegen Ende des 18. Jahrhunderts*, Tese, Trier, 1994.

DALY, PAUL - «Blown Out of Proportion: The Case against Proportionality as an Independent Ground of Judicial Review», in Cian Murphy / Penny Green (eds.), *Law*

and Outsiders: Norms, Processes and "Othering" in the 21st Century, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 23-42.

DE FAZIO, FEDERICO - «Sistemas normativos y conflictos constitucionales: es possible aplicar derechos fundamentales sin ponderar?», in *Isonomia*, vol. 40 (abril 2014), pp. 197-226.

DECHSLING, RAINER - *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Franz Vahlen, München, 1989.

DEGENER, WILHELM - *Grundsatz der Verhältnismässigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

DELBRÜCK, JOOST - «Proportionality», in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Elsevier, Amsterdam, pp. 1140-1144.

DELPEREE, FRANCIS/BOUQUEY-REMION, V. - «Liberté, égalité et proportionnalité. Licéité en droit positif et références legales aux valeurs», in *Travaux des Xèmes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1982, pp. 475 ss.

DENNINGER, ERHARD - «Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot», in Herta Däubler-Gmelin / Klaus Kinkel / Hans Meyer / Helmut Simon (org.), *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Marenholz*, Nomos, Baden-Baden, 1994, pp. 561-572.

DENNINGER, ERHARD - *Normbestimmtheit und Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Sächsischen Polizeigesetz*, Leipziger juristische Vorträge, Leipzig, 1995.

DENZEL, UWE - *Übermaßverbot und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, dissert., Heidelberg, 1969.

DI GREGORIO, LAURA - «L'identità strutturale tra il principio di ragionevolezza e il Verhältnismässigkeitsgrundsatz», in La Torre/Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2002, pp. 237-254.

DIETLEIN, JOHANNES - «Das Untermaßverbot», in ZG, vol. 9 (1995), pp. 130-141.

DOMÉNECH, I. PERELLO - «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», in *Jueces para la Democracia*, vol. 28 (1997), pp. 69-75.

DREYFUS, FRANÇOISE - «Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité», in RDP, vol. 3 (1974), pp. 691-719.

DUVIGNEAU, FLORENCE - *Le principe de proportionnalité en droit comparé (Europe, États-Unis)*, Aix-en-Provence, 1994.

DYZENHAUS, DAVID - «Proportionality and Deference in a Culture of Justification», in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 234- 258.

EGGER, ALEXANDER - *The principle of proportionality in community anti-dumping law*, in *ELR*, vol. 18 (1993), pp. 367-387.

EISSEN, MARC-ANDRE - «The principle of proportionality in the case-law of the European Court of Human Rights», in MacDonald/Matscher/Petzold (eds.), *The european system for the protection of human rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, London, 1993, pp. 125-146.

EKINS, RICHARD - «Legislating Proportionality», in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 343-369.

ELLIOT, MARK - «Proportionality and Deference. The importance of a Structured Approach», in Christopher Forsyth e outros (eds.), *Effective Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2010, pp. 264-286.

ELLIS, EVELYN (ed.) - *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

EMILIOU, NICHOLAS - *The principle of proportionality in European Law. A comparative study*, Kluwer Law International, Londres, Haia, Boston, 1996.

EMMERICH-FRITSCHKE, ANGELIKA - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktiv und Schranke der EG-Rechtsetzung: mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

ENDE, MONIKA - *Der Individualrechtsschutz des Unionbürgers - Gleichheitssatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Elemente des gemeineuropäischen ordre public*, Shaker Verlag, Aachen, 1997.

ENDICOTT, TIMOTHY - «Proportionality and Incommensurability», in Huscroft/Miller/Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 311-342.

ENGEL, CHRISTHOF - «Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik», in Winfried Brugger / Stephan Kirste / Michael Anderheiden (org.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 103-172.

ENGLE, ERIC - «The History of the General Principle of Proportionality: an Overview», in *The Dartmouth Law Journal*, vol. X (2012), pp. 1-11, acedido em Setembro de 2014 em <http://ssrn.com/abstract=1431179>.

ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA DE - «El principio de proporcionalidad en la extradición», in *Poder judicial*, vol. 15 (1989), pp. 35-52.

ERICHSEN, HANS-UWE - «Allgemeine Rechtsgrundsätze, Gleichheitssatz und Übermaßverbot beim Hartfall», in *V.Arch.*, vol. 65 (1974), pp. 423-427.

ERICHSEN, HANS-UWE - «Das Übermaßverbot», in *Jura* (1988), pp. 387-388.

ERMACORA, FELIX - «Le principe de proportionnalité en droit autrichien et dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme», in *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen : Europäische Gemeinschaft, Europäische Menschenrechtskonvention, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich : Vorträge und Diskussionsbeitrag auf der Deutsch-Französischen Juristenkonferenz am 26./27. November 1982 in Strassburg*, C.F. Müller, Heidelberg, 1985, pp. 67-78.

EVANS, SIMON/ STONE, ADRIENNE - «Balancing and Proportionality: A Distinctive Ethic?», acedido em Dezembro de 2014 através de http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fcamlaw.rutgers.edu%2Fstatecon%2Fworkshop11greece07%2Fworkshop15%2FEvans.pdf&ei=mwqkVJPvLoG3UMbPgKgN&usg=AFQjCNH_bd15EzB1Z65pP0WonZHPQD1rMQ&sig2=mvwVasKirNi0dV881cmyXQ

FABBRINI, FEDERICO - «Reasonableness as a test for judicial review of legislation in the jurisprudence of the French Constitutional Council», *Journal of Comparative Law*, vol. 4 (1) (2009), pp. 39-69.

FAIGMAN, DAVID L. - «Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication», in *Northwestern University Law Review*, vol. 88, n.º 2 (1994), pp. 641-694.

FALLON, RICHARD H. - «Strict Judicial Scrutiny», in *UCLA Law Review*, vol. 54 (2007), pp. 1267-1337.

FAN, JIANHONG - *Rechtsgrundlage und Kontrollstruktur der Arbeitgeberkündigung nach den Grundsätzen deutscher Verhältnismässigkeit und chinesischer beilegungsimmanenter Schiedsentscheidung*, Peter Lang, Frankfurt, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1997.

FASSBENDER, BARDO - «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos», in *CDP*, 5 (1998), pp. 51-73: também acessível em <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=510>

FELDMAN, DAVID - «Proportionality and the Human Rights Act 1998», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 117-144.

FERRER, JUAN DE LA CRUZ - «Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa», in *REDA*, vol. 45 (1985), pp. 71-84.

FETERIS, EVELINE T. - «Weighing and Balancing in the Justification of Judicial Decisions», in *Informal Logic*, vol. 28, n.º 1 (2008), pp. 20-30.

FEYEN, STEF - «Proportionality: A Matter of Principle», disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1986135> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1986135>

FILHO, WILLIS SANTIAGO GUERRA - *O princípio constitucional da proibição do excesso*, in *Ensaio de Teoria Constitucional*, Imprensa Universitária (UFC), Fortaleza, 1989.

FISCHER-LESCANO, ANDREAS - «Kritik der praktischen Konkordanz», in *Kritische Justiz*, vol. 41 (2008), pp. 166-177.

FITZGERALD, BRIAN F. - «Proportionality and Australian Constitutionalism», in *University of Tasmania Law Review*, vol. 12, n.º 2 (1993), pp. 263-322.

FLACH, MICHAEL - *As duas faces do princípio da proporcionalidade e as normas penais: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente*, Dissertação de Mestrado, FDUPECS, Porto Alegre, 2009.

FOLEY, BRIAN - «The Proportionality Test: Present Problems», in *Judicial Studies Institute Journal*, vol. 1 (2008), pp. 67-94, consultado em Julho de 2013 em [http://www.jsijournal.ie/html/Volume%208%20No.%201/2008\[1\]_Foley_Proportionality.pdf](http://www.jsijournal.ie/html/Volume%208%20No.%201/2008[1]_Foley_Proportionality.pdf)

FORDHAM, MICHAEL / MARE, THOMAS DE LA - «Identifying the Principles of Proportionality», in Jeffrey L. Jowell e outros (eds.), *Understanding Human Rights Principles*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 27-90.

FRAISSE, RÉGIS - «Le Conseil Constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié, et modelé de la proportionnalité», in *Les Petites Affiches*, vol. 46, n.º especial (2009), pp. 74-85.

FRANCK, THOMAS - «On proportionality of countermeasures in international law», in *AJIL*, vol. 102 (2008), pp. 715-767.

FRÍAS, IRENE NAVARRO - «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», in *InDret* 2 (2010), pp 1-33, descarregado em Setembro de 2012 em www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225386/306697

FROCH, M. / GUSY, C. - «Das Übermaßverbot als Maßstab staatlicher Subventionsvergabe?», in *VerwArch.*, vol. 81 (1990), pp. 512-531.

FROMONT, MICHEL - «Le principe de proportionnalité», in *AJDA*, n.º especial (1995), pp. 156-166.

GALLETA, DIANA-URANIA - «El principio de proporcionalidad en el Derecho Público italiano», in *CDP* 5 (1998), pp. 299-329.

GALLETA, DIANA-URANIA - *Principio di Proporzionalità e Sindacato Giurisdizionale nel Diritto Amministrativo*, Giuffré, Milano, 1998.

GALLETA, DIANA-URANIA - «Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale : riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio», in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 3 (1999), pp. 743-771.

GALLOWAY, RUSSELL W. - «Means-End Scrutiny in American Constitutional Law», in *Loyola Law Review Los Angeles*, vol 21 (1988), pp. 449-496.

GARCÍA, FERNANDO SILVA - *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, Editorial Porrúa, Mexico D.F., 2012.

GARCIA, I. IBÁÑEZ - «Delito fiscal y principios de proporcionalidad y de intervención mínima», in *AP*, vol. 24 (1993), pp. 331-342.

GARDBAUM, STEPHEN - «Limiting Constitutional Rights», in *UCLA Law Review*, vol. 54 (2007), consultado em Maio de 2013 em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=971024>

GARDBAUM, STEPHEN - «A Democratic Defense of Constitutional Balancing», in *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4 (2010), pp. 78-106.

- GARDBAUM, STEPHEN - «Proportionality and Democratic Constitutionalism», in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 259-283.
- GENTZ, MANFRED - «Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechteingriffen», in *NJW* (1968), pp. 1600-1607.
- GIL, RUBÉN SÁNCHEZ - *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México D.F., 2007.
- GLITZ, HUBERTUS - *Gesetzmäßigkeitsprinzip und Übermaßverbot in ihrer Bedeutung für die Sachgemäßheit verwaltungsrechtlicher Auflagen*, Münster, 1975.
- GONZALEZ, JOSE IGNACIO LOPEZ - *El principio general de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988.
- GOTTLIEB, STEPHEN E. «Compelling Governmental Interests: An Essential But Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication», in *Boston University Law Review*, vol. 68 (1988), pp. 917-978.
- GRABITZ, EBERHARD - «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in *AöR*, vol. 98 (1973), pp. 568-616.
- GREEN, NICHOLAS - «Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 145-164.
- GREER, STEVEN - «"Balancing" and the European Court of Human Rights: a Contribution to the Habermas-Alexy Debate», in *The Cambridge Law Journal*, vol. 63 (2004), pp. 412-434.
- GRIBBOHM, GÜNTER - «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei dem mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung», in *JuS* (1967), pp. 349-354.
- GRIMM, DIETER - «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence», in *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, 2 (2007), pp. 383-397.
- GROUPE D'ETUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE – CENTRE LOUIS FAVOREAU -Annuaire International de Justice Constitutionnelle 2009, *Le juge constitutionnel et la proportionnalité - Juge constitutionnel et droit penal*, Economica Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010.
- GUERRERO, M. MEDINA - *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1997.

- GUERRERO, M. MEDINA - «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», in *Quadernos de derecho público*, vol. 5 (1998), pp. 119-142.
- GUIBAL, MICHEL - «De la proporcionalité», in *ADJA* (1978), pp. 477-487.
- GUNN, T. JEREMY - «Deconstructing Proportionality in Limitations Analyses», in *Emory International Law Review*, vol. 19 (2005), pp. 465-498.
- HAIN, KARL-EBERHARD - «Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß - und Untermaßverbot», in *DVBl* (1993), pp. 982-984.
- HAIN, KARL-EBERHARD - «Das Untermaßverbot in der Kontroverse», in *ZG*, vol. 11 (1996), pp. 75-84.
- HAIN, KARL-EBERHARD - «Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung?», in *Der Staat*, vol. 45 (2006), pp. 189-214.
- HANAU, HANS - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht. Zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungen wegen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.
- HARBO, TOR-INGE - «The Function of the Proportionality Principle in EU Law», in *European Law Journal*, vol. 16, n.º 2 (Março 2010), pp. 158-185.
- HAVERKATE, GÖRG - *Rechtsfragen des Leistungsstaats. Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.
- HEINSOHN, STEPHANIE - *Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: historische Ursprünge im deutschen Recht, Übernahme in das Recht der Europäischen Gemeinschaften sowie Entwicklungen im französischen und im englischen Recht*, dissertação, Universidade Münster, 1997.
- HEINTZEN, MARKUS - «Die einzelgrundrechtlichen Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit», in *DVBl* (2004), pp. 721-727.
- HEINTZEN, MARKUS - «Konstitutionalisierung der rechtsordnung einfachgesetzliche wurzeln des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Deutschland», in *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, vol. 60 (2011), pp. 47-54, acedido em <http://journals.istanbul.edu.tr/iaufdi/article/view/1023016882/0> em Março de 2014.
- HEISE, JOHANNES - *Die Verhältnismäßigkeit im Sinne des § 25 der Königlich Sächsischen Revidierten Ständeordnung*, dissertação, Dresden, 1908.

HENKIN, LOUIS - «Infallibility under Law: Constitutional Balancing», in *Columbia Law Review*, vol. 78, n.º 5 (Jun. 1978), pp. 1022-1049.

HERDEGGEN, MATHIAS - «The Relation between the Principles of Equality and Proportionality», in *Common Market Law Review*, vol. 22., n.º 4 (1985), pp. 683-696.

HESSICK, F. ANDREW - «Rethinking the Presumption of Constitutionality», in *Notre Dame Law Review*, vol. 85 (2010), pp. 1447-1504.

HEUSCH, ANDREAS - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.

HICKMAN, TOM - «Proportionality: Comparative Law Lessons», in *JR*, vol. 12 (2007), pp. 31-55.

HICKMAN, TOM - «The Substance and the Structure of Proportionality», in *Public Law* (Winter 2008), pp. 694-716.

HICKMAN, TOM - «Problems for Proportionality», in *New Zealand Law Review*, número temático (2010), pp. 303-326.

HIMSWORTH, CHRIS M.G. - «La proporcionalidad en el Reino Unido», in *CDP*, 5 (1998), pp. 273 – 286.

HIRSCHBERG, LOTHAR - *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1981.

HOFFMANN, Lord - «A Sense of Proportion», in *Irish Jurist*, vol. 32 (1997), pp. 49-59.

HOFFMANN, Lord - «The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 107-115.

HOFFMANN-BECKING, MICHAEL - «Die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot», in *Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag*, Beck, München, pp. 445-462.

HOFMANN, EKKEHARDT - *Abwägung in Recht*, Mohr, Tübingen, 2007.

HOLLÄNDER, PAVEL - «El principio de proporcionalidad: variabilidad de su estructura?», in Jan-R. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 207-222.

HOLOUBEK, MICHAEL - «Zur Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte», in St. Grill/K. Korinek/M. Potacs

(ed.), *Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts, In Honorem Heing P.Rill (60)*, Wien, 1995, pp. 97 ss.

HOLZLÖHNER, HELMUT - *Die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit als prinzipien des Strafverfahrens*, Dissertação, Kiel, 1968.

HOTZ, WERNER FRIEDRICH - *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen* (tese), Zurique, 1977.

HUBER, HANS - «Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht», in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. 96, I (1977), pp. 1-29.

HUBMANN, HEINRICH - «Grundsätze der Interessenabwägung», in *AcP*, vol. 155 (1956), pp. 85-134.

HUBMANN, HEINRICH - «Methode der Abwägung», in *Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, München, 1972, pp. 173-197.

HULSROJ, PETER - *The Principle of Proportionality*, Springer, Dordrecht, 2013.

HUSCROFT, GRANT - «Proportionality and Relevance of Interpretation», in Huscroft/Miller/Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 186-202.

HUSCROFT / MILLER / WEBBER (eds.) - *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014.

HUSTER, STEFAN - «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: der allgemeine Gleichheitssatz Als Eingriffsrecht», in *JZ*, vol. 49, n.º 11 (1994), pp. 541-549.

HWANG, SHU-PERNG - «Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume? Zugleich eine Kritik der Alexyschen formellen Prinzipien», in *AöR*, vol. 133 (2008), pp. 606 ss.

ISENSEE, JOSEF - *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft.*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968.

JACKSON, VICKI C. - «Being Proportional about Proportionality», in *Constitutional Commentary*, vol. 21 (2004), pp. 803-859.

JACOBS, FRANCIS G. - «Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 1-22.

- JAKOBS, MICHAEL - «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit», in *DVBl*, vol. 100 (jan. 1985), pp. 97-102.
- JAKOBS, MICHAEL - *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, Heymanns, Köln, 1985.
- JANS, JAN H. - «Proportionality Revisited», in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 27, 3 (2000), pp. 239-265.
- JANSEN, NILS - «Die Abwägung von Grundrechten», in *Der Staat*, vol. 36 (1997), pp. 27-54.
- JANSEN, NILS - «Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho», in Jan-R. Sieckmann (ed.), *La teoria principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 51-70.
- JESTAEDT, MATTHIAS - «Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen», in Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (eds.), *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, pp. 253-275.
- JESTAEDT, MATTHIAS - «The Doctrine of Balancing - its Strengths and Weaknesses», in Matthias Klatt, *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 152-172.
- JIMÉNEZ, LUIS ARROYO - «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *InDret*, 2 (2009), pp. 1-32, acedido em <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683> em janeiro de 2013
- JORI, MARIO - «Razionalità e ragionevolezza del diritto», in *Sociologia del diritto* (1975), pp. 438-442.
- JOWELL, JEFFREY / LESTER, ANTHONY. - «Proportionality: Neither Novel nor Dangerous», in Jeffrey L. Jowell and Dawn Oliver (eds.), *New directions in Judicial Review*, Taylor & Francis, Londres, 1988, pp. 51-72.
- JOWELL, JEFFREY - «Is proportionality an Alien Concept?», in *European Public Law*, vol. 2, n.º 3 (1996), pp. 401-414.
- KAHL, WOLFGANG - «Von Weiten Schutzbereich zum engeren Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der Deutschen Grundrechtsdogmatik», in *Der Staat*, vol. 43 (2004), pp. 167-202.

KATROUGALOS, GEORGES/AKOUMIANAKI, DAPHNÉ - «L'application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux», in *RDP*, n.º 5 (2012), pp. 1381-1404.

KAUFMANN, ARTHUR - «Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», in Günter Warda / Heribert Waider / Reinhard von Hippel / Dieter Meurer, *Festschrift Richard Lange zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlin/New York, 1976, pp. 27-38.

KELLNER, HUGO - «Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Begriff, Ableitung, Geltungskraft», in *Schleswig-Holsteinische Anzeigen* (1978), pp. 109-111.

KENNEDY, DUNCAN - «A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law», in Roger Brownsword *et al*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford & Portland, 2011, pp. 185-220.

KHOSLA, MADHAY - «Proportionality: An assault on human rights?: A reply», in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8 (2010), pp. 298-306.

KIEFEL, SUSAN - «Proportionality: A Rule of Reason», in *Public Law Review*, vol. 23 (2012), pp. 85 ss.

KING, JEFF - «Proportionality: A Halfway House» in *New Zealand Law Review*, número temático (2010), pp. 327-368.

KIRCHHOF, PAUL – «Gleichmaß und Übermaß», in Peter Badura e Rupert Scholz (org.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche*, München, 1993, pp. 133-149.

KIRK, JEREMY - «Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality», in *Melbourne University Law Review*, vol. 21 (1997), pp.1 ss.

KISCHEL, UWE - «Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof», in *Europarecht*, vol. 35, 3 (2000), pp. 380-402.

KLATT, MATTHIAS (ed.) – *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, New York, 2012.

KLATT, MATTHIAS - «Robert Alexy's Philosophy of Law as System», in Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 1-26.

KLATT, MATTHIAS (ed.) - *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

KLATT, MATTHIAS - *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

KLATT, MATTHIAS / MEISTER, MORITZ - *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

KLATT, MATTHIAS / MEISTER, MORITZ - «Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy», in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n.º 3 (2012), pp. 687-708.

KLATT, MATTHIAS / MEISTER, MORITZ - «Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip», in Mathias Klatt (org.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

KLATT, MATTHIAS / MEISTER, MORITZ - «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus», in *JuS* (2014), pp. 193–200 (trad. para lingua portuguesa: «A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global», in *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 7, vol. 1 [2014], pp. 23-41).

KLATT, MATTHIAS / SCHMIDT, JOHANNES - *Spielräume im Öffentlichen Recht. Zur abwägungslehre der Prinzipientheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

KLATT, MATTHIAS / SCHMIDT, JOHANNES - «Epistemic discretion in constitutional law», in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10 (2012), pp. 69-105.

KLEIN, OLIVER - «Das Untermaßverbot: über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung», in *JuS* (2006), pp. 960-964.

KLUTH, WINFRIED - «Prohibición de Exceso y Principio de Proporcionalidad en Derecho Alemán», in *CDP*, vol. 5 (1998), pp. 219-237; também em <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=516>

KNIGHT, CHRISTOPHER - «The Test that Dare Not Speak its Name: Proportionality Comes Out of the Closet?», in *Judicial Review*, vol. 12 (2007), pp. 117-121.

KNIGHT, CHRISTOPHER - «Proportionality, the Decision-Maker and the House of Lords», in *Judicial Review*, vol. 12 (2007), pp. 221-227.

KNIGHT, DEAN R - «Mapping the Rainbow of Review: Recognising Variable Intensity», in *New Zealand Law Review*, número temático (2010), pp. 393 ss.

KNILL, CHRISTOPH E BECKER, FLORIAN - «Divergenz trotz Diffusion?: rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismässigkeitsprinzips in Deutschland, Grossbritannien und der Europäischen Union», in *Die Verwaltung*, vol. 36 (2003), pp. 447-481.

- KOCH, HANS-JOACHIM - «Die normentheoretische Basis der Abwägung», in Erbguth / Oebbecke / Rengeling / Schulte (eds.), *Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlass seiner Emeritierung*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, Munich, 1996, pp. 9 ss.
- KOCH, OLIVER – *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.
- KOUTNATZIS, G./ STYLIANOS-IOANNIS - «Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit Übersee», in *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 44 (2011), pp. 32-59.
- KRAFT, INGO - «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Rechtsverständnis», in *BayVBL* (2007), pp. 577-581.
- KRAUSS, RUPPRECHT VON - *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Dissertação, Ludwig Appel, Hamburgo, 1955.
- KREBS, WALTER - «Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbotes», in *Jura* (2001), pp. 228-234.
- KREUZ, HARALD - *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Arbeitskampfrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.
- KRUGMANN, MICHAEL – *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- KUMM, MATTIAS - «What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement», in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 46 (2006); http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/46
- KUMM, MATTIAS - «Jenseits des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes: Grundrechtlicher Strukturpluralismus im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten», in J-R. Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 241 - 262.
- KUMM, MATTIAS - «Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement», in S. Paulson, G. Pavlakos (eds.), *Law, Rights, Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 131-166.

- KUMM, MATTIAS - «Democracy is Not Enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review», in M. Klatt (ed.), *The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, New York, 2009; NYU School of Law, Public Law Research Paper n.º 09-10, consultado em Maio de 2013 em <http://ssrn.com/abstract=1356793>
- KUMM, MATTIAS - «The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights based Proportionality Review», in *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2 (2010), pp. 142–175.
- KUMM, MATTIAS / WALEN, ALEC - «Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing» in Huscroft / Miller /Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 67-89.
- KUNIG, PHILIP, «Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit: eine Gegenüberstellung», in Matthias Mahlmann (org.), *Gesellschaft und Gesellschaft und Gerechtigkeit: Festschrift für Hubert Rottleuthner*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 152- 163.
- KUTSCHER, HANS - «Du principe de proportionnalité dans le droit des Communautés européennes», in Kutscher/Ress/Tertgen, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Müller, Heidelberg, 1985, pp. 89-97.
- LADÉUR, KARL-HEINZ - «Abwägung—ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse», in *ARSP*, vol. 69 (1983), pp. 463-483.
- LADÉUR, KARL-HEINZ - *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.
- LAJOIE, ANDRÉE / QUILLINAN, HENRY - «Emerging Constitutional Norms: Continuous Judicial Amendment of the Constitution – The Proportionality Test as a Moving Target», in *Law & Contemporary Problems*, vol. 55 (1992), pp. 285-302.
- LAMBERT, PIERRE - «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», in F. Sudre (ed.), *L'interprétation de la Convention*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 63-89.
- LANGHEINEKEN, UWE - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG*, Tese, Freiburg, 1972.

LA TORRE, MASSIMO - «Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza (prima parte)», in *Materiali per una storia della cultura giuridica* (2011), pp. 495-515.

LA TORRE, MASSIMO - «Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza (seconda parte)», in *Materiali per una storia della cultura giuridica* (2012), pp. 123-154.

LA TORRE, MASSIMO / SPADARO, ANTONINO (eds.) - *La ragionevolezza nel diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2002.

LANGSDORFF, WILLI VON - *Das allgemeine Notstandsprinzip der Verhältnismäßigkeit*, Georg-August-Universität zu Göttingen, 1919.

LAVAGNA, CARLO - «Ragionevolezza e legittimità costituzionale», in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, CEDAM, Padova, 1973, pp. 1573-1578.

Lee, Chien-Liang - «Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot?» in Grote e outros (org.), *Die Ordnung der Freiheit, Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 297-317.

LEGG, ANDREW - *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

LEISNER, WALTER - *Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

LEMASURIER, JEANNE - «Vers un nouveau principe général du droit: le principe "bilan coûts avantages"», in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, II, ob. col., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1974, pp. 551-562.

LERCHE, PETER - *Übermass und Verfassungsrecht*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, München, 1961 (2.^a ed., Keip Verlag, Goldbach, 1999).

LERCHE, PETER - «Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?», in Joachim Burmeister e outros (org.), *Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. geburtstag*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, pp. 197- 210.

LINDAHL, LARS - «On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing», in Augusto Silva Dias (ed.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 355-375.

LUCATUORTO, PIER LUIGI M. - «Regole Aritmetiche per il Bilanciamento Giudiziale del Conflitto fra Principi Costituzionali: Dalla Formula Del Peso all'Informatica Giuridica

Decisionale», in *Rivista di Diritto, Economia e Gestione delle Nuove Tecnologie*, vol. 3, n.º 2 (2007), pp. 171-181.

LÜCKE, JÖRG - *Die (Un-) Zumutbarkeit als allgemeine Grenze öffentlich-rechtlicher Pflichten des Bürgers*, Duncker und Humblot, Berlin, 1973.

LÜCKE, JÖRG - «Die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zumutbarkeit», in *DöV* (1974), pp. 769-771.

LUZZI, VINCENT - «Balancing of Interests in Courts», in *Jurimetrics Journal*, vol. 20, n.º 4 (1980), pp. 373-404.

LUTÉLAN, MARTIN - «Towards Proportionality as a Proportion Between Means and Ends», in Cian Murphy / Penny Green (eds.), *Law and Outsiders: Norms, Processes and "Othering" in the 21st Century*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp 3-22.

LUTÉLAN, MARTIN - «The Lost Meaning of Proportionality», in Huscroft, Miller, Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 21-42.

LUTHER, JÖRG - «Ragionevolezza e Verhältnismässigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca», in *Diritto e società* (1993), pp. 307-327.

LUTHER, JÖRG - «Ragionevolezza (delle leggi)», *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Utet, Torino, 1997, pp. 341-362.

LYNETT, EDUARDO MONTEALEGRE / PIZARRO, NATHALIA BAUTISTA / PEÑA, LUIS FELIPE VERGARA (eds.) - *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

MALDONADO, MARCO AURELIO GONZALEZ - *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, Editorial Novum, México, 2011.

MANCEBO, LUIS VILLACORTA - «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)», in *REP*, vol. 130 (2005), pp. 35-75.

MANIACI, GIORGIO - «Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy», in *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 2 (2002), pp. 47-73.

MANIACI, GIORGIO - (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006.

MARAUHN, THILO / RUPPEL, NADINE - «Balancing conflicting human rights: Konrad Hesse's notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional

Court», in Eva Brems (ed.), *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia-Hart, Antwerp, Oxford, Portland, 2008, pp. 273-296.

MARTIN, MAIK / HORNE, ALEXANDER - «Proportionality: Principles and Pitfalls – Some Lessons from Germany», in *Judicial Review*, (2008), pp. 169-179.

MARTINS, LEONARDO - «Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros», in *Cadernos de Direito*, vol. 3 (2003), pp. 15-45.

MÁS, JOAQUÍN TORNOS - «Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa», in *Revista española de derecho administrativo*, vol. 7 (1975), pp. 607-624.

MASSEY, CALVIN - «The new Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny», in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 6. (2004), pp. 945-997, consultado em <http://ssrn.com/abstract=540122> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.540122>

MASSINI-CORREAS, CARLOS IGNÁCIO - «Derechos humanos "debiles" y derechos humanos "absolutos"», in *O Direito*, vol. 123 (janeiro - março 1991), pp. 21-40.

MATHER, HENRY - «Law-Making and Incommensurability», in *McGill Law Journal*, vol. 47 (2002), pp. 345-388.

MATHIS, J. H. - «Balancing and Proportionality in US Commerce Clause Cases», in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 35 (2008), pp. 273-282.

MAYER, MATTHIAS - *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

MCBRIDE, JEREMY - «Proportionality and the European Convention on Human Rights», in E. Ellis (dir.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 23-36.

MCFADDEN, PATRICK - «The Balancing Test», in *Boston College Law Review*, vol. 29 (1988), pp. 585-656.

MEDICUS, DIETER - «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht», in *AcP*, vol. 192 (1992), pp. 35-70.

MEINERT-BROCKMANN, KARIN - *Die Einschränkung von Grundrechten. Eine rechtsvergleichende Studie über den Schutz der Grundrechte vor übermässigen Eingriffen durch den Gesetzgeber in der Bundesrepublik Deutschland und in den Vereinigten Staaten von America*, Dissertação, Münster, 1985.

MEKHANTAR, JOËL - *Le controle juridictionnel da la proportionnalité dans l'action administrative unilaterale*, tese apresentada em 9 de Março de 1990 na Universidade Paris II, versão copiografada.

MENDELSON, WALLACE - «On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance», in *California Law Review*, vol. 50 (1962), pp. 821-828.

MENDONCA, DANIEL - *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2003.

MERTEN, DETLEF - «Zur verfassungsrechtlichen Herleitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips», in Johannes Hengstschläger e outros (org.), *Für Staat und Recht, Festschrift für Herbert Schambeck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

MERTEN, DETLEF - «Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot», in Klaus Stern/Klaus Grupp (org.), *Gedächtnisschrift für Joachim Burmeister, Gedächtnisschrift für Joachim Burmeister*, C. F. Müller, Heidelberg, 2005, pp. 227-243.

MERTEN, DETLEF - «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», in Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier / Peter Axer / Wilfried Berg, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III, *Grundrechte in Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 2009.

MESA, GLORIA PATRICIA LOPERA - «Los derechos fundamentales como mandatos de optimización», in *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 27 (2004), pp. 211-243.

MESA, GLORIA PATRICIA LOPERA - *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid, 2006.

MESA, GLORIA PATRICIA LOPERA - «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia», in *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIV, n.º 2 (Dez. 2011), pp. 113-138.

METZNER, RICHARD - *Das Verbot der Unverhältnismäßigkeit im Privatrecht*, Erlangen-Nuremberga, 1970.

MEYER-BLASER, ULRICH - *Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht*, Stämpfli & Cie AG, Berna, 1985.

MEYERSON, DENISE - «Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest», in *Melbourne University Law Review*, vol. 31 (2007), pp. 873-902.

MICHAEL, LOTHAR - «Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze», in *JuS*, 2001, pp. 148-155; trad. em português, «As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade - para a dogmática de proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade», in Luís Afonso Heck, *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, pp. 189-206.

MICHAEL, LOTHAR - «Grundfälle zur Verhältnismässigkeit», in *JuS* (2001), pp. 654 (I), 764 (II), 866 (III).

MICHAEL, LOTHAR - «Verhältnismäßigkeit», in *Evangelisches Staatslexikon*, 4.^a ed., Stuttgart, 2006, pp. 2571-2577.

MICHAEL, LOTHAR - «Los derechos de igualdad como principios iusfundamentales», in Jan-R. Sieckmann (ed.), *La teoria principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 137-167.

MILLER, BRADLEY - «Proportionality's Blind Spot: 'Neutrality' and Political Philosophy», in Huscroft, Miller, Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 370-396.

MODUGNO, FRANCO - *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, 2.^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

MÖLLER, KAI - «Balancing and the structure of constitutional rights» in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, 4 (2007), pp. 453-468.

MÖLLER, KAI - «Abwägungsverbote im Verfassungsrecht», in *Der Staat* 45 (2007), pp. 109-128.

MÖLLER, KAI - «The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection», in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 13/2010, acedido em www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm em 4.9.12.

MÖLLER, KAI - «Proportionality: Challenging the critics», in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n.º 3 (2012), pp. 709-731.

MÖLLER, KAI - *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

MÖLLER, KAI - «Proportionality and Rights Inflation», in Huscroft, Miller, Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 155-172.

MÖLLER, KAI - «Constructing the Proportionality Test: An Emerging Global Conversation», in Liora Lazarus / Christopher McCrudden / Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 31-41.

MONTALIVET, PIERRE DE - *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2006.

MONTINI, MASSIMILIANO - «The Nature and Function of the Necessity and Proportionality Principles in the Trade and Environment Context», in *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 6, 2 (1997), pp. 121-130.

MOOR, PIERRE - «Systématique et illustration du principe de proportionnalité», in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à M. Fromont*, P.U.F., Paris, 2001, pp. 319- 342.

MORESO, JOSÉ JUAN - «Alexy y la Aritmética de la Ponderación», in Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 69-83; ou «Alexy y la Aritmética de la Ponderación», in Robert Alexy (ed.), *Derechos Sociales y Ponderación*, 2.^a ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 223-249.

MORESO, JOSÉ JUAN - «Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos», in *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI (2010), pp. 821-832.

MORESO, JOSÉ JUAN - «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism», in *Ratio Juris*, vol. 25, 1 (março 2012), pp. 31-46.

MORRONE, ANDREA - *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.

MORRONE, ANDREA - «Bilanciamento (giustizia costituzionale)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, tomo II, Annali, Milano, 2008, pp. 185-204.

MOSCARINI, ANNA - *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Giappichelli, Torino, 1996.

- MÖSCH, REINHOLD - *Gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Arbeitskampfrecht?*, Centaurus-Verlag, Pfaffenweiler, 1991.
- MOSCHETTI, GIOVANNI - «El principio de proporcionalidad en las relaciones Fisco-Contribuyente», in *Revista española de derecho financiero*, vol. 140 (out-dez. 2008), pp. 727-799.
- MULLAN, DAVID - «Proportionality – A Proportionate Response to an Emerging Crisis in Canadian Judicial Review Law?», in *New Zealand Law Review*, número temático (2010), pp. 233-264.
- MULLENDER, RICHARD - «Theorizing the Third Way: Qualified Consequentialism, the Proportionality Principle and the New Social Democracy», in *Journal of Law and Society*, vol. 27 (2000), pp. 493-516.
- MULLER, PIERRE - «Le principe de la proportionnalité», in *Revue de Droit Suisse/Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. 97, II (1978), pp. 200-274.
- MUZNY, PETR - *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires, Aix- Marseille, 2005.
- NERI, SERGIO - «Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole», in *RTDE*, vol. 4 (1981), pp. 652-683.
- NETTESHEIM, MARTIN - «Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos», in *AöR*, vol. 130 (2005), pp. 71–113.
- NEUMANN, DIETER – *Vorsorge und Verhältnismässigkeit. Die kriminalpräventive Informationserhebung im Polizeirecht*, Dunker & Humblot, Berlin, 1994.
- NEUMANN, ULFRIED - «Die Tyrannei der Würde. Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip», in *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 84 (1998), pp. 153–166.
- NEVES, MARCELO – *Entre Hidra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais*, Martins Fontes, São Paulo, 2013.
- NEWTON, MICHAEL / MAY, LARRY - *Proportionality in International Law*, Oxford University Press, New York, 2014.
- NIETO, JOSEFA FERNANDEZ - *La Aplicación Europea del Principio de Proporcionalidad*, Dykinson, Madrid, 2009.

NIETO, JOSEFA FERNANDEZ - *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho común europeo*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008.

NOSKE, THOMAS - *Die Prozeßökonomie als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, dissert., Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, 1989

NOTA - «Less Drastic Means and the First Amendment», in *YLJ*, vol. 78 (1969), pp. 464-474.

NOVAK, MARKO - «Three Models of Balancing (in Constitutional Review)», in *Ratio Juris*, vol. 23, 1 (2010), pp. 102-112.

OBERLE, MAX - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffs*, Diss., Zurique, 1952

OBRA COLECTIVA, *Der Grundsatz des Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, C.F Müller, Heidelberg, 1985 (contribuições de: F. Ermacora, H. Kutscher, G. Ress, F. Teitgen, G. Ubertazzi; v. referências individualizadas);

OLIVEIRA, FÁBIO CORRÊA SOUSA DE - *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003 (2.^a ed., 2007).

OLIVEIRA, FLÁVIO - *Controlo da omissão estatal em direitos fundamentais: Conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013

OLIVEIRA, RENATA CAMILO DE - *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik : Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.

OSSENBÜHL, FRITZ - «Intervenção na discussão», in *VVDStRL*, vol. 39 (1981), p. 189.

OSSENBÜHL, FRITZ - «Zumutbarkeit als verfassungsmaßstab», in Ruthers, B. / Stern. K. (eds.), *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat*, C.H. Beck, Munique, 1984, pp. 315-327.

OSSENBÜHL, FRITZ - «Maßhalten mit dem Übermaßverbot», in Peter Badura e Rupert Scholz (org.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Beck, Munique, 1993, pp. 151-164.

OSSENBÜHL, FRITZ - «Abwägung im Verfassungsrecht», in *DVBl* (1985), pp. 904-912.

OSSENBÜHL, FRITZ - «Abwägung im Verfassungsrecht», in Wilfried Erguth e outros (org.), *Abwägung im Recht*, Heymann, Köln, 1996, pp. 25-41.

- OSSENBÜHL, FRITZ- «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte», in *Jura* (1997), pp. 617-621.
- PACHE, ECKHARD - «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften», in *NVwZ* (1999), pp. 1033-1040.
- PALADIN, LIVIO - «Ragionevolezza (principio di)», in *Enciclopedia del diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 899-911.
- PANACCIO, CHARLES-MAXIME - «In Defense of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication», in *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. XXIV, n.º 1 (2011), pp. 109-128.
- PANAGIS, NIKIFOROS - «Putting Balancing in the Balance» (2014), disponível em <http://ssrn.com/abstract=2423378>
- PASCUAL, GABRIEL DOMENECH - *Derechos fundamentales y riesgos tecnologicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2006.
- PASCUAL, GABRIEL DOMENECH - «Los derechos fundamentales a la protección penal», in *REDC*, vol. 78 (2006), pp. 333-372.
- PASCUAL, MARIBEL GONZÁLEZ - *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas Thomson Reuters, 2010.
- PÄTZOLD, LUDWIG - *Die Eingriffsvoraussetzungen bei freiheitsentziehenden Maßregeln unter besonderer Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit*, Dissertação, Tübingen, 1975.
- PAVLAKOS, GEORGE - «Between Reason and Strategy: Some Reflections on the Normativity of Proportionality», in Huscroft, Miller, Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 90-119.
- PENALVA, PEDRAZ E. - «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», in *idem*, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal/iure, Madrid, pp. 313-375.
- PENALVA, PEDRAZ E. / BENITO, V. ORTEGA - «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del TC y literatura especializadas alemanas», in *Poder Judicial*, vol. 17 (1990), pp. 69-100.
- PENNICINO, SARA - *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Maggioli Editore, Bologna, 2012.
- PEREIRA SÁEZ, CAROLINA - «Una contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional español»,

in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 8 (2004), pp. 1043-1061.

PERJU, VLAD - «Proportionality and Freedom - An Essay on Method in Constitutional Law», in *Journal of Global Constitutionalism (Glob-Con)*, vol. 1(2) (2012), pp. 334-367, descarregado em Janeiro de 2013 de <http://ssrn.com/abstract=2033281>.

PESENDORFER, WOLFGANG - «Das Übermaßverbot als rechtliches Gestaltungsprinzip der Verwaltung. Zugleich ein Beitrag zur Bildung eines "inneren Systems" der Verwaltung», in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 28 (1977), pp. 265 ss.

PETERSEN, NIELS - «How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law», in *German Law Journal*, vol. 14 (2013), available at <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1559>

PETERSEN, NIELS - «Balancing and judicial self-empowerment – on the rise of balancing in the jurisprudence of the german constitutional court», in *NYU School of Law, Jean Monnet Working Paper 20/14* (2014) (também: «Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court», in *Global Constitutionalism*, vol. 4, n.º1 [março 2015], pp 49-80).

PETERSEN, NIELS - «Proportionality and the Incommensurability Challenge – Some Lessons from the South African Constitutional Court», in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers* n.º 384 (2013), disponível em http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/384 (last visited 1 April 2014)

PHILIPPE, XAVIER - *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica PUAM, Paris, 1990.

PHILIPPE, XAVIER - "El principio de proporcionalidad en Derecho Público francés", in *CDP*, n.º 5 (1998), pp. 255-272.

PHILIPPE, XAVIER - «Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères: l'exemple du contentieux constitutionnel», in *Revista Studii Juridice Universitare*, n.º 1-2 (2011), pp. 20-40, acedido em Dezembro de 2013 em <http://studiijuridice.md/wp-content/uploads/2012/05/SJU-nr-1-2-2011-p20-40.pdf>

- PILDES, RICHARD - «Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law», in *Hastings Law Journal*, vol. 45 (1994), pp. 711-751.
- PINO, GIORGIO - *Derechos fundamentales conflictivos y ponderación*, Palestra, Lima, 2013.
- PILLAI, K. G. JAN - «Incongruent Disproportionality», in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 29 (2002), pp. 645-720.
- PIRKER, BENEDICT - *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013.
- POHL, OTTMAR - *Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in die Grundrechte an der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden?*, Dissertação, Colônia, 1959.
- PIZZORUSSO, ALESSANDRO - «Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge», in La Torre / Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2002, pp. 45-55.
- POLLAK, CHRISTIANA - *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Verfassungsgerichtshofs*, Nomos, Baden-Baden, 1991.
- PONTES, HELENILSON CUNHA - *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, Dialética, São Paulo, 2000.
- POOLE, THOMAS - «Proportionality in Perspective», in *New Zealand Law Review*, número temático (2010), pp. 369-392.
- PORAT, IDDO - *Balancing in constitutional law: a suggested analytical framework applied to American Constitutional Law*, tese, Stanford University, 2003.
- PORAT, IDDO - «The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law», in *Cardozo Law Review*, vol. 27 (2006), pp. 1393 ss., disponível em <http://ssrn.com/abstract=783384>.
- PORAT, IDDO - «Some Critical Thoughts on Proportionality», in Bongiovanni / Sartor / Valentini (eds.), *Reasonableness And Law: Legal And Constitutional Theory/Private, Public And International Law*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2009, pp. 243-250.
- POSNER, RICHARD A. - «The Meaning of Judicial Self-Restraint», in *Indiana Law Journal*, vol. 59, 1 (1983), pp. 1-24.
- POTO, MARGHERITA - «The Principle of Proportionality in Comparative Perspective», in *German Law Journal*, vol. 8, N.º 9 (2007), pp. 835-870.

PUIG, SANTIAGO MIR - «O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do Direito Penal», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 19, n.º 1 (2009), pp. 7-38. Há versão em castelhano, descarregada em 17.09.2012 de http://www.ub.edu/dpenal/Principio_de_proporcionalidad.pdf

PULIDO, CARLOS BERNAL - *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

PULIDO, CARLOS BERNAL - «On Alexy's Weight Formula», in Agustín José Menéndez / Erik Oddvar Eriksen, *Arguing fundamental rights*, Springer, Dordrecht, 2006, pp. 101-110.

PULIDO, CARLOS BERNAL - «The rationality of balancing», in *ARSP*, vol. 92 (2006), pp. 195-208.

RAMM, THILO - «Drittwirkung und Übermassverbot», in *JZ* (1988), pp. 489-494.

RASSOW, REINHARD - «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», in *ZG*, vol. 20 (2005), pp. 262-280.

RAUE, FRANK - «Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?», in *AöR*, vol. 131 (2006), pp. 79-116.

RAUTENBACH, I. M. - «Proportionality and the Limitation Clauses of the South African Bill of Rights», in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol. 17, n.º 6 (2014), pp. 2229-2267.

RÉAUME, DENISE - «Limitations on Constitutional Rights: the Logic of Proportionality», in *University of Oxford Legal Research Paper Series*, vol. 26 (2009), consultado em <http://ssrn.com/abstract=1463853> em Maio de 2013.

REICH, NORBERT - «Verhältnismäßigkeit" als „Mega-Prinzip" im Unionsrecht? Überlegungen zur Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) zum Verhältnis der Grundfreiheiten zur Autonomie des Nationalstaates?», in Bull/ Mehde (eds.), *Staat, Verwaltung, Information : Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 259-278.

REICH, NORBERT - «How Proportionate is the Proportionality Principle? Some Critical Remarks on the Use and Methodology of the Proportionality Principle in the Internal Market Case Law of the ECJ», in Hans-W. Micklitz / Bruno De Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia,

Cambridge, 2012, pp. 83-111 (acessível em: www.jus.uio.no/ifp/.../2011/.../norbert-reich.pdf)

REMMERT, BARBARA – *Verfassungs –und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundfragen des Übermassverbotes*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995.

RESS, GEORG - «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht», in Kutscher/Ress/Teitgen, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im europäischen Rechtsordnungen*, C. F. Müller, Heidelberg, 1985, pp. 5-52.; também in *Rechtsstaat in der Bewährung, Schriftenreihe der Deutschen Sektion der Internationalen Juristen-Kommission*, vol. 15, 1984.

REUTER, THOMAS - «Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen», in *Jura* (2009), pp. 511-518.

RIEGEL, REINHARD - «Die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und der Grundrecht für das Polizeirecht», *Bay VBl* (1980), pp. 577-580.

RIEHM, THOMAS - *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung: Argumentation, Beweis, Wertung*, Beck, München, 2006.

RIEß, PETER - «Legalitätsprinzip - Interessenabwägung - Verhältnismäßigkeit : über die Grenzen von Strafverfolgungsverzicht und Strafverfolgungsverschärfung zur Aufrechterhaltung des inneren Friedens », in Ernst-Walter Hanack (ed.), *Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75 Geburtstag*, de Gruyter, Berlin, New York, 1982, pp. 149-169.

RIVERS, JULIAN - «Proportionality and Variable Intensity of Review», in *Cambridge Law Journal*, vol. 65 (2006), pp. 174 – 207.

RIVERS, JULIAN - «Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing», in George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2007, pp. 167-188.

RIVERS, JULIAN - «Proportionality and Discretion in International and European Law», in N. Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 107-131.

RIVERS, JULIEN - «Grundrechtsprinzipien in England. Verhältnismäßigkeit und richterliche Kontrollkompetenzen», in Jan-R. Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 231-240; trad., «Los principios de derecho fundamental en Inglaterra: proporcionalidade y competencias de control judicial», in Jan-R. Sieckmann (ed.), *La teoria principialista de los derechos*

fundamentales. Estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 261-272.

ROTHENBURG, WALTER CLAUDIUS - «O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais», in Olavo de Oliveira Neto / Maria Elizabeth de Castro Lopes (coord.), *Princípios processuais civis na Constituição*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2008, pp. 283-319.

RUBIN, PETER J. - «Reconnecting doctrine and purpose: a comprehensive approach to strict scrutiny after Adarand and Shaw», in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 149, n.º 1 (nov. 2000), pp. 1-169.

RUGGERI, ANTONIO - «Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale», in *Diritto e società*, vol. 4 (2000), pp. 567-611.

RUIZ, RAMÓN RUIZ / LOURDES DE LA TORRE MARTINEZ - «Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad», in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, vol. 14 (2011), pp. 27-44.

SALES, PHILIP/ HOOPER, BEN - «Proportionality and the Form of Law», in *Law Quarterly Review*, vol. 119, 3 (2003), pp. 426-454.

SALES, PHILIP - «Rationality, Proportionality and the Development of the Law», in *Law Quarterly Review*, vol. 129 (2013), pp. 223-241.

SALVIA, MICHEL DE - «La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour des droits de l'homme», in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* (1978), pp. 463-493.

SANCHEZ, JUAN-ANTONIO LASCARAÍN - «La proporcionalidad de la norma penal», in *Cuadernos de Derecho Público*, vol. 5, número dedicado ao princípio da proporcionalidade (1998), pp. 159-89.

SANCHÍS, LUIS PRIETO - *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

SANCHÍS, LUIS PRIETO - «Ley, Principios, Derechos», *Cuadernos "Bartolome de las Casas"*, vol. 7, Dykinson, Madrid, 1998.

SANCHÍS, LUIS PRIETO - «El constitucionalismo de los derechos», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 71 (2004), pp. 47-72.

SANCHÍS, LUIS PRIETO - *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

- SANCHÍS, LUIS PRIETO - *Neoconstitucionalismo, Principios y ponderación*, Editorial Ubijus, Mexico, 2014.
- SANDULLI, ALDO - «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale», in *Diritto e Società*, nºs 3/4 (1975), pp. 561-577.
- SANDULLI, ALDO - «Eccesso di Potere e controllo di Proporzionalità. Profili Comparative», in *RTDP*, vol. 2 (1995), pp. 329-370.
- SANDULLI, ALDO - *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998.
- SARLET, INGO WOLFGANG - «Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência», in *Revista de Estudos Criminais*, vol. 12 (2003) pp. 86 ss., acedido em Fevereiro de 2014 em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53.
- SARLET, INGO WOLFGANG - «Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre a Proibição do Excesso e de Insuficiência», in *BFDUC*, vol. 81 (2005), pp. 325-386.
- SARMENTO, DANIEL - *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
- SARTOR, GIOVANNI - «A Sufficientist Approach to Reasonableness in Legal Decision-Making and Judicial Review», in Bongiovanni / Sartor / Valentini (eds.), *Reasonableness and law*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2009, pp. 17- 68.
- SARTOR, GIOVANNI - «Doing justice to rights and values: teleological reasoning and proportionality», in *Journal Artificial Intelligence and Law*, vol. 18 (Junho 2010), pp. 175-215.
- SARTOR, GIOVANNI - «The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes», in *German Law Journal*, vol. 14 (2013), pp. 1419-1456, acedido em Dezembro de 2014 através de <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1570>
- SAURER, JOHANNES - «Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes», in *Der Staat*, vol. 51, nº. 1 (2012), pp. 3-33.
- SAUTER, WOLF - «Proportionality in EU law: a balancing act?», acedido em Maio de 2015 em <http://ssrn.com/abstract=2208467>
- SCACCIA, GINO - *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffré, Milano, 2000.

SCACCIA, GINO - «Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale», in La Torre / Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2002, pp. 387-413.

SCACCIA, GINO - «Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale», in *Giurisprudenza Costituzionale* (1998), pp. 3953-4000.

SHAMAN, JEFFREY M. - «Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny», in *Ohio State Law Journal*, vol. 45 (1984), pp. 161-183.

SCHAUER, FREDERICK - «Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text», in *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4 (2010), pp. 34 (consultada a versão disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1403343> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1403343>)

SCHAUER, FREDERICK - «Proportionality and the Question of Weight», in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 173-185.

SCHILLER, KLAUS-VOLKER - «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Europäischen Gemeinschaftsrecht nach der Rechtsprechung des EuGH», in *Recht der Internationalen Wirtschaft* (1983), pp. 928-930.

SCHLINK, BERNHARD - *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976.

SCHLINK, BERNHARD - «Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion», in *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (1984), pp. 457-468.

SCHLINK, BERNHARD - «Grundrechte als Prinzipien?» in *Osaka University Law Review*, vol. 39 (1992), pp. 41-57.

SCHLINK, BERNHARD - «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», in Peter Badura / Horst Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 445-466.

SCHLINK, BERNHARD - «Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here?», in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22 (2012), pp. 291-302 (também Bernstein Lecture 2011, acedido em Dezembro de 2014 através de <https://www.youtube.com/watch?v=MzOvVETR0Tk>).

SCHLINK, BERNHARD - «Proportionality (1)», in Michel Rosenfeld / András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012.

SCHNAPP, FRIEDRICH - «Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Verwaltungsverfahrenrecht», in Norbert Achterberg e outros (org.), *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, pp. 899-922.

SCHNAPP, FRIEDRICH - «Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs», in *JuS*, vol. 23 (1983), pp. 850-855.

SCHNEIDER, HANS - «Zur Verhältnismässigkeits - Kontrolle insbesondere bei Gesetzen», in Christian Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976, pp. 390-404.

SCHNEIDER, HARALD - *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten. Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodells*, Baden-Baden, Nomos, 1979.

SCHNYDER, BERNHARD - «Die Stufenfolge der vormundschaftlichen Massnahmen und die Verhältnismässigkeit des Eingriffes», in *ZGB Lehren* (2001), pp. 287-300.

SCHOLLER, HEINRICH - «O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha», in *Interesse Público*, vol. 1, nº 2 (1999), pp. 93-107, acedido em Fevereiro de 2014 em <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>.

SCHOLLER, HEINRICH - «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht», in N. Alivizatos (org.), *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004, pp. 307-322.

SCHÜTZ, DIETRICH - *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei strafprozessualen Massnahmen*, dissertação, Tübingen, 1969.

SCHWAB, FLORIAN - *Der Europäische Gerichtshof und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz : Untersuchung der Prüfungsdichte : insbesondere in der Gegenüberstellung der Kontrolle von Gemeinschaftsakten und von Massnahmen der Mitgliedstaaten*, Lang, Frankfurt am Main, 2002.

SCHWARZE, JÜRGEN - «The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law», in *RTDP*, n.º 1 (2003), pp. 53-75.

SEETZEN, UWE - «Zur Verhältnismässigkeit der Untersuchungshaft», in *NJW* (1973), pp. 2001 ss.

- SERRANO, NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR - *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- SHAPIRO, L. / SOBER, E., «Against proportionality», in *Analysis*, vol. 72, 1 (2012), pp. 89-93.
- SIECKMANN, JAN-REINARD - «Abwägung von Rechten», in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 81 (1995), pp. 164-184.
- SIECKMANN, JAN-REINARD - «Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung-Das Problem der Begrenzung der Besteuerung», in *Der Staat*, vol. 41 (2002), pp. 385-405.
- SIECKMANN, JAN-REINARD (ed.) - *La teoria principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- SIEGEL, STEPHEN A. - «Origin of the Compelling State Interest and Strict Scrutiny», in *The American Journal of Legal History*, vol. 48, n.º 4 (2006), pp. 355-407.
- SIEGEL, STEPHEN A. - «The Death and Rebirth of the Clear and Present Danger Test», in Alfred Brophy & Daniel Hamilton (eds.), *Transformations in American Legal History: Essays in Honor of Professor Morton J. Horwitz*, Harvard University Press, 2008, pp. 211-245.
- SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA - «O proporcional e o razoável», in *Revista dos Tribunais*, 798 (2002), pp. 23-50.
- SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA - «Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision», in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31(2011), pp. 273-301.
- SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA - «Ponderação e objetividade na interpretação constitucional», in Ronaldo Porto Macedo Jr. / Catarina Helena Cortada Barbieri (org.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, Direito GV/Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 363-380.
- SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA - «Teoria de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes», in Jan-Reinard Sieckmann (ed.), *La teoria principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 243-259.
- SINGER, RICHARD G. - «Proportionate Thoughts About Proportionality», in *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 8 (2010), pp. 217-250.

- STARCK, CHRISTIAN - «Übermaß an Rechtsstaat?», in *ZRP* (1979), pp. 209-214.
- STEIN, TORSTEN - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in *Deutsche öffentlich-rechtliche Landesberichte zum X Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest*, Tübingen, 1978.
- STEINMETZ, WILSON ANTÔNIO - *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.
- STELZER, MANFRED - *Das Wesensgehaltargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Springer, Wien-New York, 1991.
- STERN, KLAUS - «Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots», in Peter Badura / Rupert Scholz (org.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Beck, Munique, 1993, pp. 165-175.
- STETTNER, RUPERT - «Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose», in *DVBl* (1982), pp. 1123 - 1128.
- STÖRRING, LARS PETER - *Das Untermaßverbot in der Diskussion. Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur*, Duncker & Humblot, Berlín, 2009.
- STRECK, LENIO LUIZ - «Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou *de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*», acedido em <http://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>
- STRUVE, GUY MILLER - «The Less- Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process», in *Harvard Law Review*, vol. 80, n.º 7 (1967), pp. 1463-1488.
- STUBBE, ANDREA - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht : dargestellt anhand des Ausschlusses von Gesellschaftern aus Personengesellschaften*, Würzburg, 2002.
- STUMM, RAQUEL DENIZE - *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995.
- STÜRNER, MICHAEL - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- SULLIVAN, E. THOMAS / FRASE, RICHARD S. - *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press, New York, 2008.

SULLIVAN, KATHLEEN M. - «Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing», in *University of Colorado Law Review*, vol. 63 (1992), pp. 293-317.

SULLIVAN, KATHLEEN M. - «Categorization, Balancing, and Government Interests», in S. Gottlieb (ed.), *Public Values in Constitutional Law*, University of Michigan Press, 1993. pp. 241-266.

ŠUŠNJAR, DAVOR - *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.

SWEET, ALEC STONE - «All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing», in *Emory Law Journal*, vol. 60 (2011), pp. 797-875 (também, *Faculty Scholarship Series*, Paper 30 (2010), acedido em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/30)

SWEET, ALEC STONE / MATHEWS, JUD - «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism» *Faculty Scholarship Series*, Paper 14, (2008), consultado em Agosto de 2011 em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14; também em Bongiovanni / Sartor / Valentini, (eds.), *Reasonableness and law*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, Springer, 2009.

SWEET, ALEC STONE / MATHEWS, JUD - «All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing», in *Emory Law Journal*, vol. 60 (2011), pp. 797- 875.

TAGGART, MICHAEL - «Proportionality, Deference, *Wednesbury*», in *New Zealand Law Review* (2008), pp. 423-478.

TEIFKE, NILS - *Das Prinzip Menschenwürde: Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen. Die Frage, ob die Menschenwürde absolut gilt oder abwägungsfähig ist*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

TEITGEN, FRANCIS - «Le principe de proportionnalité en droit français», in Kutschen/Ress/Teitgen, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, CF Müller, Heidelberg, 1985, pp. 53-66.

THOMAS, ROBERT - *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, London, Hart Publishing, 2000.

TOSI, ROSANNA - «Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale», in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 38, n.º 1 (1993), pp. 545-568.

TRIAS, ENCARNACIÓN ROCA / RUIZ, MARIA ANGELES AHUMADA - «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», texto apresentado em nome do Tribunal Constitucional espanhol na Conferência trilateral dos Tribunais de Itália, Portugal e Espanha, em 2013, acessível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>

TRIDIMAS, TAKIS - «The Principle of Proportionality in Community Law: From the Rule of Law to Market Integration», in *Irish Journal*, vol. 31 (1996), pp. 83-101.

TRIDIMAS, TAKIS - «Proportionality in European Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 65-84.

TROIANO, STEFANO. - «Ragionevolezza», in *Enciclopedia del diritto*, Ann. VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 763-808.

TRSTENJAK, VERICA / BEYSEN, ERWIN - «Das Prinzip der Verhältnismässigkeit in der Unionsrechtsordnung», in *EuR* (2012), pp. 265-284.

TSAKYRAKIS, STAVROS - «Proportionality: an assault on human rights?», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n.º 3 (jul. 2009), pp. 468-493, acedido através de <http://ssrn.com/abstract=1429230>, ou então de <http://www.elibrary.humanrightshouse.org/index.php/en/human-rights-protection-system-established-by-the-european-convention-on-human-rights/general-section/articles-and-books/450-stavros-tsakyrakis-proportionality-an-assault-on-human-rights-> em Julho de 2011.

TSAKYRAKIS, STAVROS - «The Balancing Method on the Balance. Human Rights Limitations in the ECHR», acedido através de [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/sngenftsakyrakisaper.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/sngenftsakyrakispaper.pdf)

TSAKYRAKIS, STAVROS - «Total Freedom: the Morality of Proportionality», acedido em 1.11.2014 em <http://ssrn.com/abstract=2220255>

TZEMOS, VASILEIOS - *Das Untermassverbot*, Lang, Frankfurt a.Main, Berlin, Bern, 2004.

UBERTAZZI, GIOVANNI MARIA - «Le principe de proportionnalité en droit italien», in Kutschen/Ress/Teitgen, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, C.F. Müller, Heidelberg, 1985, pp. 79-88.

UEDA, JUNKO - «Is the Principle of Proportionality the European Approach?: A Review and Analysis of Trade and Environment Cases before the European Court of Justice», in *European Business Law Review*, vol. 14, n.º 5 (2003), pp. 557-593.

URBINA, FRANCISCO - «A critique of proportionality», in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 57 (2012), pp. 49-80, acedido através de <http://ssrn.com/abstract=2173690> em Outubro de 2014.

VALENTINI, CHIARA / BONGIOVANNI, GIORGIO - «Reciprocity, Balancing and Proportionality: Rawls and Habermas on Moral and Political Reasonableness», in Giorgio Bongiovanni / Giovanni Sartor / Chiara Valentini (eds.), *Reasonableness And Law: Legal And Constitutional Theory/private, Public And International Law*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2009, pp. 81-107.

VALLEJO, MANUEL JAÉN - «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», *Revista general de derecho*, vol. 507 (1986), pp. 4923-4935.

VAN CLEAVE, RACHEL A. - «"Death is Different" - Is Money Different? Criminal Punishments, Forfeitures, and Punitive Damages - Shifting Constitutional Paradigms for Assessing Proportionality», in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 12 (2003), pp. 217-278.

VAN DROOGHENBROECK, SEBASTIAN - *La Proportionnalité dans le Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

VAN GERVEN, WALTER - «The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 37-64.

VANDENHOLE, WOUTER - «Conflicting Economic and Social Rights: The Proportionality Plus Test», in Eva Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland, 2008, pp. 559-589.

VAROL, OZAN O. - «Strict in Theory, But Accommodating in Fact?», in *Missouri Law Review*, vol. 75 (2010), pp. 1243-1295.

VARUHAS, JASON - *Keeping Things in Proportion: The Judiciary, Executive Action and Human Rights*, Victoria University of Wellington, 2003.

- VEEL, PAUL-ERIK - «Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making», in *Law and Ethics of Human Rights* vol. 4 (2010), pp. 177-228.
- VILLAYERDE, IGNACIO - «La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad», in Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 175-187.
- VIOLA, FRANCESCO - «Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica», in *Persona y Derecho*, vol 46 (2002), pp. 35-71.
- VIPIANA, PIERA M. -, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1993.
- VOßKUHL, ANDREAS - «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», in *JuS* (2007), pp. 429-431.
- WEBBER, GREGOIRE C. N. - *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- WEBBER, GREGOIRE C. N. - «Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship», in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 23 (2010), pp. 179-202.
- WEBER-DÜRLER, BEATRICE - «Zur neuesten Entwicklungen des Verhältnismässigkeitsprinzips», in Benoit Bovay / Minh Son Nguyen (org.), *Mélanges en l'Honneur de Pierre Moor, théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire*, Berna, Stämpfli, 2005, pp. 593-608.
- WELLHÖFER, CLAUS - *Das Übermassverbot im Verwaltungsrecht grundsätzliche und Tendenzen zu den Prinzipien der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit*, Schmitt & Meyer, Würzburg, 1970.
- WENDT, RUDOLF - «Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot», in *AöR*, vol. 104, 3 (1979), pp. 414-474.
- WEYLAND, PETER - *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.
- WIEACKER, FRANZ - «Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der Verhältnismäßigen Rechtsanwendung», in *Festschrift für Robert Fischer*, W. De Gruyter, Berlin-New York, 1979, pp. 867-881.
- WIESER, EBERHARD - *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung*, Heymanns, Köln, 1989.

WINKLER, ADAM - «Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts», in *Vanderbilt Law Review*, vol. 59 (2006), pp. 793-871, disponível em <http://ssrn.com/abstract=897360>

WITT, JÜRGEN. - *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. U-Haft, körperliche Eingriffe und Gutsachen über den Geisteszustand*, Dissert., Mainz, 1968.

WITTIG, PETER - «Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetz», *DÖV.* (1968), pp. 817-825.

WOLFFERS, ARTUR - «Neue Aspekte des Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», in *Zeitschrift des Berner Juristenvereins*, vol. 113 (1977), pp. 297 ss.

WONG, GARRETH - «Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality», in *Public Law*, vol. 1 (2000), pp. 92-109.

XYNOPOULOS, GEORGES – *Le controle de la proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, Paris, 1995.

XYNOPOULOS, GEORGES – «Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce», in Pararas, Sakkoulas (ed.), *État-loi-administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 461 ss.

YETANO, ANTONIO MARZAL - *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2013.

YI, ZONIL (ou Chun-il) – *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Peter Lang, Frankfurt/Main, 1998.

YOUNG, ALISON - «Proportionality is Dead: Long Live Proportionality», in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 43-66.

YOWELL, PAUL - «Proportionality in United States Constitutional Law», in Liora Lazarus / Christopher McCrudden / Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 87-116.

ZALUSKI, WOJCIECH - «Remarks on Giovanni Sartor's Paper, The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes», in *German Law Journal*, vol. 14 (2013), pp. 1457-1461, acedido através de <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1561>

- ZILLER, JACQUES. - «Le principe de proportionnalité», in *L'Actualité juridique Droit administratif*, n.º especial (1996), pp. 185-188.
- ZIMMERLI, ULRICH - «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht», in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. 97, II (1978), pp. 1-131.
- ZIPPELIUS, REINHOLD - «Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkung von Grundrechten», in *DVBl* (1956), pp. 353-355.
- ZOLLER, ELISABETH - «Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers: Cosmetic Change or Velvet Revolution?», in *Indiana Law Journal*, vol. 78 (2003), pp. 567-586.
- ZORRILLA, DAVID MARTINEZ - *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ZORRILLA, DAVID MARTINEZ - «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», in *REDC*, vol. 86 (2009), pp. 119-144.
- ZORZETTO, SILVIA - «Reasonableness», in *The Italian Law Journal*, vol. 1 (2015), pp. 107- 139.

Bibliografia estrangeira geral

- AARNIO, AULIS - *On legal reasoning*, Turku, Loimaa, 1977.
- AARNIO, AULIS - *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987; trad., *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, LGDJ, Paris, sd.
- AARNIO, AULIS - «Taking rules seriously», in *ARSP*, vol. 42 (1989), pp. 180-192.
- AARNIO, AULIS - *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Ashgate, Aldershot, 1997.
- AARNIO, AULIS - *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer, Dordrecht, 2011.
- AA.VV, *Reasonableness and interpretation*, Lit Verlag, Münster, Hamburg, London, 2003.
- ABRAMOVICH, VICTOR / COURTIS, CHRISTIAN - «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales», consultado em Maio de 2014 em <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>

ABRAMOVICH, VICTOR / COURTIS , CHRISTIAN - *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 2004.

ALCHOURRÓN, CARLOS E. / BULYGIN, EUGENIO - *Normative Systems*, Springer Verlag, Wien, New York, 1971.

ALCHOURRÓN, CARLOS E. / BULYGIN, EUGENIO - *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, acedido em www.biblioteca.org.ar/libros/154933.pdf

ALEXY, ROBERT - *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Shurkamp, 1978.

- *Teoria de la argumentacion juridica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

- *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford University Press, Oxford, reimp. 2011.

- *Teoria da Argumentação Jurídica*, trad. de Zilda Silva, Landy Editora, São Paulo (s.d)

- *Teoria da Argumentação Jurídica*, 3.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011.

ALEXY, ROBERT - *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985.

- *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002.

- *Teoria de los derechos fundamentales*, 2.ª ed, tradução e estudo introdutório de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

ALEXY, ROBERT - «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», in *Doxa*, vol. 5 (1988), pp. 139-151.

ALEXY, ROBERT - «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», in *Der Staat*, 1990, pp. 49-68 (também em *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Shurkamp, Frankfurt am Main, 1995, pp. 252-287).

ALEXY, ROBERT - «Individual Rights and Collective Goods», in Carlos Nino (ed.), *Rights*, New York University Press, New York, 1992, pp. 163-184.

ALEXY, ROBERT - «Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse», in *Ratio Juris*, vol. 5, nº 2 (Julho 1992), pp. 143-152.

ALEXY, ROBERT - «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», in Luc Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer, Dordrecht, 1999, pp. 23-45.

ALEXY, ROBERT - «On the Structure of Legal Principles», in *Ratio Juris*, vol. 13, n.º 3 (2000), pp. 294-304.

ALEXY, ROBERT - «Entrevista a Robert Alexy: Antworten auf Fragen von Manuel Atienza», in *Doxa*, vol. 24 (2001), p. 671 consultado em Maio de 2013 em <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD22661887.pdf>

ALEXY, ROBERT - «Ragionevolezza im Verfassungsrecht. Acht Diskussionsbemerkungen», in La Torre/Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2002, pp. 143-50.

ALEXY, ROBERT - «The Reasonableness of Law», in Bongiovani / Sartor / Valentini (eds.), *Reasonableness And Law: Legal And Constitutional Theory/private, Public And International Law*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2009, pp. 5-15.

ALEXY, ROBERT - «Derechos individuales y bienes colectivos» in *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2009, pp. 179-208.

ALEXY, ROBERT - «Comments and Responses», in Matthias Klatt, *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 319-356.

ALFONSO, LUCIANO PAREJO - «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional», in *REDC*, vol. 1, 3 (Set/Dez 1981), pp. 169-190, acedido em http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAAahUKEwid5OXr8qjHAhVBs5QKH4vAB8&url=http%3A%2F%2Fdia.net.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F249648.pdf&ei=WgrOVZ3PFsHm0gSu34D4AQ&usg=AFQjCNHvOz27am3FoEAcbVj0Q3J6IBRiA&sig2=Jc2uxVyb4OWg3_bTz3e0MQ.

ANTIEAU, CHESTER JAMES - *Adjudicating Constitutional Issues*, Oceana Publications, London, 1985.

ATIENZA, MANUEL, - «Para una razonable definición de razonable», in *DOXA - Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 4 (1987), pp. 189-200.

ATIENZA, MANUEL - «Sobre lo razonable en el Derecho», in *REDC*, vol. 27 (jan.-ab. 1989), pp. 93-110.

ATIENZA, MANUEL - *O direito como argumentação*, Escolar Editora, Lisboa, 2014.

ATIENZA, MANUEL/MANERO, J. RUIZ - *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

AUSTIN, JOHN - *The province of jurisprudence determined* (1832), ed. H.L.A. Hart, Londres, 1954.

AUSTIN, JOHN LANGSHAW - *How to do things with words*, Harvard University Press, Cambridge, 1962 (2ª ed., 1976).

BACHOF, OTTO - «Zum Apothekenurteil des BVerfG», in *JZ* (1958), pp. 468-471.

BACIGALUPO, ENRIQUE - «Colisión de derechos fundamentales y justificación en delito de injuria», in *REDC*, vol. 7, n.º 20 (Maio/Agosto, 1987), pp. 83-98.

BÄCKER, CARSTEN - «Regras, princípios e derrotabilidade», in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 102 (2011), pp. 55-82.

BALDASSARRE, ANTONIO - «Diritti inviolabili», in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1989, pp. 1-43.

BAMBERGER, CHRISTIAN - «Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?», in *Der Staat*, vol. 39 (2000), pp. 355-379.

BARILE, PAOLO - *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.

BARROSO, LUÍS ROBERTO - *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2004.

BAYERTZ, KURT - «"Die Idee der Menschenwürde": Probleme und Paradoxien», in *ARSP*, vol. 81 (1995), pp. 465-481.

BEATTY, DAVID M. - *Talking Heads and the Supremes. The Canadian Production of Constitutional Review*, Carswell, Toronto, 1990.

BERG, WILFRIED - *Konkurrenzen schrankendivergender Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes*, F. Vahlen, Berlin, 1968.

BERGNER, DANIEL - *Grundrechtsschutz durch Verfahren: eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und britischen Verwaltungsverfahrenrechts*, Vahlen, München, 1998.

BETHGE, HERBERT - «Probleme des Zitiergebots des Art. 19 GG», in *DVBl* (1972), pp. 365-371.

BETHGE, HERBERT - *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Verlag Vahlen, München, 1977.

BETHGE, HERBERT - «Grundrechtsverwicklung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren», in *NJW*, (1982), pp. 1-7.

BETHGE, HERBERT - «Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik», in *Der Staat*, vol. 24 (1985), pp. 351-382.

BETHGE, HERBERT - «Der Grundrechtseingriff», in *VVDStRL*, vol. 57 (1998), pp. 9-56.

BETTERMANN, KARL AUGUST - *Grenzen der Grundrechte*, De Gruyter, Berlin, 1968 (2.^a ed. 1976).

BICKEL, ALEXANDER M. - *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962 (2.^a ed., Yale University Press, 1986).

BIRK, DIETER - «Die Finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben und Begrenzungen der Staatsverschulung», in *DVBl*, vol. 99 (ag. 1984), pp. 745-749.

BIX, BRIAN - *Jurisprudence: theory and context*, 6.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2012.

BLECKMANN, ALBERT - «Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte», in *DVBl* (1988), pp. 938-946.

BLECKMANN, ALBERT - *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, 3.^a ed., Carl Heymanns, Köln, 1989.

BLOCH, ERNST - *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1961; trad. *Natural law and human dignity*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1986.

BOBBIO, NORBERTO - *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG - «Grundrechtstheorien und Grundrechtsinterpretation», in *NJW*, vol. 27 (1974), pp. 1529-1538.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG - «Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik», in *NJW*, vol. 29 (1976), pp. 2089-2099.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG - «Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz: erweiterte Fassung eines Vortrages, gehalten in der Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung», Nymphenburg, München, 1990.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG - «Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik», in *Der Staat*, vol. 29 (1990), pp. 1-31.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG - *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG - *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG - «Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken: zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik», in *Der Staat*, vol. 42 (2003), pp. 165-192.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang - «Bleibt die Menschenwürde unantastbar?», in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, vol. 10 (2004), pp. 1216-1227.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG - *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006.

BOROWSKI, MARTIN - *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von Prima-facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

BOROWSKI, MARTIN - «La restricción de los derechos fundamentales», in *REDC*, vol. 20, 59 (2000), pp. 29-56.

BOROWSKI, MARTIN - «Grundrechtliche Leistungsrechte», in *JöR*, vol. 50 (2002), pp. 301-329.

BOROWSKI, MARTIN - *Grundrechte als Prinzipien*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2007.

BOROWSKI, MARTIN - *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

BOROWSKI, MARTIN - «The structure of Formal Principles - Robert Alexy's 'Law of Combination'», in M. Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010, pp. 19-36.

BREMS, EVA (ed.) - *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland, 2008.

BRIDEL, MARCEL - *Sur les limites des libertés individuelles*, separata de *Recueil des Facultés de droit, La liberté du citoyen en droit suisse*, Lausanne, 1948.

BROWNSTEIN, ALAN - «How Rights Are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine», in *Hastings Law Journal*, vol. 45 (1994), pp. 867-959.

BRYDE, BRUN-OTTO/KLEINDIEK, RALF- «Der allgemeine Gleichheitssatz», in *Jura* (1999), pp. 36-44.

- BUCHANAN, JAMES M. - *The limits of liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, The University of Chicago Press, 1975.
- CALLIESS, CHRISTIAN - *Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- CALLIESS, CHRISTIAN - «Schutzpflichten § 44», in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (org.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. II, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 964-991.
- CALLIESS, CHRISTIAN - «Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis», in *JZ* (2006), pp. 321-330.
- CARA, JUAN CARLOS GAVARA DE - *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.
- CARA, JUAN CARLOS GAVARA DE - *Contenido y Función del Término de Comparación en la Aplicación del Principio de Igualdad*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2005.
- CARBONELL, MIGUEL (ED.) - *Neoconstitucionalismo(s)*, 4.^a ed., Trotta, Universidade Nacional Autónoma de México, 2009.
- CAVANAUGH, THOMAS A. - *Double-effect reasoning. Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- CELANO, BRUNO - «Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?», in *Ragion Pratica*, vol. 25 (2005), pp. 439-468.
- CHANG, RUTH - «Introduction», in Ruth Chang (ed), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge, 1997, pp. 1-34.
- CHANG, RUTH - «Incommensurability (and Incomparability)», in Hugh LaFollette (ed.), *The International Encyclopedia of Ethics*, Blackwell, 2013, pp. 2591-2604, accedido em Novembro de 2014 através de <http://ruthchang.net/wp-content/uploads/2012/11/INCOMMENSINTLENCYCLOPEDIAETHICS.pdf>
- CHEMERINSKY, ERWIN - *Constitutional Law: Principles and Policies*, 4.^a ed., Wolters Kluwer, New York, 2011.
- CIANCIARDO, JUAN - «Los límites de los derechos fundamentales», in AA.VV, *Reasonableness and interpretation*, Lit Verlag, Münster, Hamburg, London, 2003, pp. 197-220.

CICALA, GIUSEPPE - *Diritti sociali e Crisi del Diritto Soggettivo nel Sistema Costituzionale Italiano*, Jovene, Napoli, 1965.

COING, HELMUT - *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, Schneider, Heidelberg, 1947.

COING, HELMUT - *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3^a ed., De Gruyter, Berlin/New York, 1976.

CORNILS, MATTHIAS - *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

CREMER, WOLFRAM - *Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

CROSS, FRANK - «The Error of Positive Rights», in *UCLA Law Review*, vol. 48 (2007), pp. 857- 924.

DAES, ERICA-IRENE - *Restrictions and Limitations on Human Rights*, in René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber*, III, Pédone, Paris, 1971, pp. 79-93.

DASHWOOD, ALAN / O'LEARY, SÍOFRA - *The principle of equal treatment in EC law : a collection of papers by the Centre for European Legal Studies (Cambridge)*, Sweet&Maxwell, London, 1997.

DAVIS, DENNIS / CHASKALSON, MATTHEW / WAAL, JOHAN DE - «Democracy and constitutionalism: the role of constitutional interpretation», in Van Wyk/ Dugard/ De Villiers/ Davis - *Rights and Constitutionalism. The New South African Legal Order*, Juta, Cape Town, 1994, pp. 45-52.

DELRUELLE, ÉDOUARD - *Le consensus impossible. Le différend entre éthique et politique chez H. Arendt et J. Habermas*, Ousia, Bruxelles, 1993.

DERRIDA, JACQUES - «Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority", in *Cardozo Law Review*, vol. 11 (1989-1990), pp. 230-298, acedido em http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fusers.polisci.wisc.edu%2Favramenko%2Fmethods%2Fderida_theforceoflaw.pdf&ei=JPLAVcLMKsfzUKf1gLAF&usg=AFQjCNGlO25asbExF-Pbb0yliI35IYtOyQ&sig2=7eA4lGeIHa23-weE8xDnHA

DIETLEIN, JOHANNES - *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

DREWS, CLAUDIA - *Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 II GG*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

- DÜRIG, GÜNTER - «Der Grundrechtssatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes», in *AöR*, vol. 81 (1956), pp. 117-157.
- DÜRIG, GÜNTER - «Grundrechte und Zivilrechtsprechung», in *von Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift Hans Nawiasky*, Isar Verlag, München, 1956, pp. 157-190.
- DWORKIN, RONALD - *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.
- DWORKIN, RONALD - «Rights as trumps», in Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp 152-167.
- DWORKIN, RONALD - *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985.
- DWORKIN, RONALD - *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986.
- ECKHOFF, ROLF - *Der Grundrechtseingriff*, C. Heymanns, Köln, Berlin, Munich, Bonn, 1992.
- EKINS, RICHARD, «What is legislative intent? Its content and structure» (2008),
 acedido em <http://www.statutelawsociety.co.uk/wp-content/uploads/2014/01/RichardEkins.pdf>
- EKINS, RICHARD - *The Nature of Legislative Intent*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- ELY, JOHN HART - *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980.
- ELY, JOHN HART - «Flag Desecration: A case study in the roles of categorization and balancing in First Amendment analysis», in *HLR*, vol. 88 (1975), pp. 1482-1508.
- ENDERLEIN, WOLFGANG - *Abwägung in Recht und Moral*, Verlag K. Alber, Freiburg, 1992.
- ENDERS, CHRISTOPH - *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.
- ERASMUS, GERHARD - «Limitation and suspension», in Van Wyk/ Dugard/ De Villiers/ Davis, *Rights and Constitutionalism. The New South African Legal Order*, Juta, Cape Town, 1994, pp. 629-663.

ERICHSEN, HANS-UWE - «Die Drittwirkung der Grundrechte», in *Jura* (1996), pp. 527-533.

ERICHSEN, HANS-UWE - «Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in *Jura* (1997), pp. 85-89.

ESPÍNOLA, RUY SAMUEL - *Conceito de princípios constitucionais*, 2.^a ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

FERRAJOLI, LUIGI - *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, LUIGI - *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4.^a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 73-96.

FERRAJOLI, LUIGI / STRECK, LENIO / TRINDADE, ANDRÉ (org.) – *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

FERRER, JUAN DE LA CRUZ - «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», in *Revista de Administración Pública*, vol. 116 (Mayo-agosto 1988), pp. 65-105.

FÉRRIZ, REMÉDIO SÁNCHEZ - «Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales», in *RDP*, vol. 30 (1989), pp. 55-73.

FERRY, LUC / RENAUT, ALAIN - *Philosophie politique, Des droits de l'Homme à l'idée republicaine*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988.

FIGUEROA, ALFONSO GARCÍA - *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

FILHO, JOSÉ CLÁUDIO CARNEIRO - «Intervenção e omissão restritivas - uma proposta de conceito e classificação», in Vasco Pereira da Silva / Ingo Wolfgang Sarlet (coord.), *Direito Público sem Fronteiras*, ebook, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2011, pp. 167- 208.

FINNIS, JOHN - Natural Law and Legal Reasoning», in Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 134-137.

FINNIS, JOHN - *Natural Law & Natural Rights*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.

FORSTHOFF, ERNST - «Die Umbildung des Verfassungsgesetz», in Barion/Forsthoff/Weber (eds.), *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin, 1959, pp. 35-62.

- FORSTHOFF, ERNST - *Der Staat der Industriegesellschaft : dargestellt am Beisp. d. Bundesrepublik Deutschland*, 2.^a ed., Beck, Munique, 1971; trad. *Lo stato della società industriale*, Giuffrè, Milano, 2011.
- FORSTHOFF, ERNST - *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. de Michel Fromont, Émile Bruylant, Bruxelles, 1969.
- FRANTZ, LAURENT - «The First Amendment in the Balance», in *YLJ*, vol. 71 (1962), pp. 1424-1450.
- FRANTZ, LAURENT - «Is the First Amendment Law? A reply to Professor Mendelson», in *CaLR*, vol. 51 (1963), pp. 729-754.
- FREY, RAYMOND G. - *Interests and rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980.
- FREY, RAYMOND G. (ed.) - *Utility and Rights*, Blackwell, Oxford, 1984.
- GALLWAS, HANS-ULLRICH - *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte. Ein Beitrag zum Begriff der Nebenwirkungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1970.
- GARCIA, E. ALONSO - *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- GAUTHIER, DAVID - *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- GAUTHIER, DAVID - *Moral dealing*, Cornell University Press, Ithaca, 1990.
- GELLERMANN, MARTIN - *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- GERBER, KARL FRIEDRICH WILHELM VON - *Über öffentlichen Rechte* (1852), trad. italiana *Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971.
- GEDDERT-STEINACHER, TATJANA - *Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
- GERARD, PHILIPPE - *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981.
- GERHARDT, MICHAEL J. / ROWE, JR., THOMAS D., - *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Michie Company, Charlottesville, 1993; 4.^a ed, 2013 (com STEPHEN GRIFFIN E LAWRENCE SOLUM).
- GEWIRTH, ALAN - *Human Rights. Essays on justification and applications*, University of Chicago Press, Chicago, 1982.
- GEWIRTH, ALAN - «Are there any absolute rights?», in Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 91-109.

GOERLICH, HELMUT - *Wertordnung und Grundgesetz Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1973.

GOERLICH, HELMUT - *Grundrechte als Verfahrensgarantien: ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1981.

GÖTZ, VOLKMAR - «Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension», in *VVDStRL*, vol. 41 (1983), pp. 8-36.

GRABITZ, EBERHARD - *Freiheit und Verfassungsrecht: krit. Unters. zur Dogmatik u. Theorie d. Freiheitsrechte*, Mohr, Tübingen, 1976.

GRAY, JOHN N. - «Indirect utility and fundamental rights», in John Gray, *Liberalisms: Essays in Political Philosophy*, Routledge, London, 1989, pp. 120-139.

GREENE, JAMAL - «The Rule of Law as a Law of Standards», in *The Georgetown Law Journal*, vol. 99 (2011), pp. 1289-1299.

GREY, THOMAS C. - «Judicial Review and Legal Pragmatism», in *Wake Forest Law Review*, vol. 38 (2003), pp. 473 ss., acedido em Setembro 2014 em <http://papers.ssrn.com/abstract=390460>

GRIFFIN, JAMES - «Towards a Substantive Theory of Rights», in R. G. Frey (ed.), *Utility and Rights*, Basil Blackwell, Oxford, 1985, pp. 137-160.

GRIMM, DIETER - *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1994.

GRIMM, DIETER - «The Protective Function of the State», in: G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 137-155.

GRONDONA, MARIANO F. - *La reglementación de los derechos constitucionales*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

GROSSI, PIERFRANCESCO - *Introduzioni ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, CEDAM, Pádua, 1972.

GRUPP, KLAUS - «Das Angebot des anderen Mittels», in *V. Arch.*, vol. 69 (1978), pp. 125-148.

GUASTINI, RICCARDO - *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

GUASTINI, RICCARDO - *Distinguendo. Estudios de teoria y metateoría del derecho*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999, acessível em <http://minhateca.com.br/sdnnvs/Documentos/203961769-Guastini-Distinguendo,114182779.pdf>

GUNTHER, GERALD - *Constitutional Law*, 11^a ed., Foundation Press, Mineola, Nova Iorque, 1985.

GÜNTHER, KLAUS - *Der Sinn für Angemessenheit : Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt, 1988.

GÜNTHER, KLAUS - «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», in *Doxa*, vol. 17-18 (1995), pp. 274-302.

HÄBERLE, PETER - «Grundrechte im Leistungsstaat», in Wolfgang Martens e outros, *Grundrechte im Leistungsstaat. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, VVDStRL 30, de Gruyter, New York, 1972.

HÄBERLE, PETER - «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten - Ein Beitrag zur pluralistischen und «prozessualen» Verfassungsinterpretation», in *JZ* (1975), pp. 297-305.

HÄBERLE, PETER - *Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978.

HÄBERLE, PETER, *Die Wesensgehaltgarantie des art 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1983;

- trad. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993;

- trad. da 3.^a ed., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, com estudo preliminar de Francisco Fernández Segado, Dykinson, Madrid, 2003.

HABERMAS, JÜRGEN - *The structural transformation of the public sphere. An inquiry into a category of bourgeois society*. (trad. de *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962), Polity Press, Cambridge, Mass., 1989.

HABERMAS, JÜRGEN - *Erkenntnis und interesse*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1968.

HABERMAS, JÜRGEN - *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2.^a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2000 (trad. de *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992 e 1994).

HAGER, JOHANNES - «Grundrechte im Privatrecht», in *JZ* (1994), pp. 373-383.

HAIN, KARL-EBERHARD - *Die Grundsätze des Grundgesetzes Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Nomos, Baden-Baden, 1999.

HAIN, KARL-EBERHARD - «Ockham's Razor - ein Instrument zur Rationalisierung der Grundrechtsdogmatik», in *JZ* (2002), pp. 1036-1045.

- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS - *O Conceito de Direito* (trad. port. de *The Concept of Law*, 1961), Lisboa, Gulbenkian, s.d.
- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS - *The Concept of Law*, 2.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.
- HEINZE, ERIC - *The Logic of Equality: A Formal Analysis of Non-discrimination Law*, Ashgate, Aldershot, 2003.
- HELD, VIRGINIA - *The Public Interest and Individual Interests*, Basic Books, Inc., New York, 1970.
- HERBERT, GEORG - «Der Wesensgehalt der Grundrechte», in *EuGRZ* (Jun. 1985), pp. 321-335.
- HESSE, KONRAD - *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1990 (20.^a ed., 1995).
- HESSE, KONRAD - *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.
- HESSE, KONRAD - «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit» (1981), in *Ausgewählte Schriften*, C. F. Müller, Heidelberg, 1984, pp. 311-322.
- HESSE, KONRAD - «Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit», in Peter Badura / Rupert Scholz (org.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Beck, München, 1993, pp. 121-131.
- HESSE, KONRAD - «Bedeutung der Grundrechte», in Benda, Maihofer, Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2.^a ed., de Gruyter, Berlin, New York, 1994, pp. 127-160.
- HESSE, KONRAD - «Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers», in Herta Däubler-Gmelin / Klaus Kinkel / Hans Meyer / Helmut Simon (org.), *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Marenholz*, Nomos, Baden-Baden, 1994, pp. 541-559.
- HEUN, WERNER - *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur*, Nomos, Baden-Baden, 1992.
- HILLGRUBER, CHRISTIAN - «Der Staat des Grundgesetzes – nur bedingt abwehrbereit? — Plädoyer für eine wehrhafte Verfassungsinterpretation», in *JZ*, vol. 62, n.º 5 (2007), pp. 209-218.

HIPPEL, EIKE von - *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

HIPPEL, FRITZ VON - «Vorbedingungen einer Wiedergesundung heutigen Rechtsdenkens», in Fritz von Hippel, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1964.

HOFFMAN, DANIEL - «What makes a Right Fundamental», in *The Review of Politics* (1987), pp. 515-529.

HOFMANN, HASSO - «Die versprochene Menschenwürde», in *AöR*, vol. 118 (1993), pp. 353-377.

HOFMANN, HASSO - «Grundpflichten und Grundrechte», in Isensee/Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, CF Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, pp. 321-352.

HOHFELD, WESLEY NEWCOMB - *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Westport, Greenwood Press, 1919 (impressão de 1963, com prefácio de Arthur L. Corbin e introdução de Walter Wheeler Cook)

HUBMANN, HEINRICH - *Wertung und Abwägung im Recht*, Heimann, Colónia, 1977.

HURLEY, SUSAN - *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1989.

HURLEY, SUSAN - «Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent», in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10 (1990), pp. 221-251; reimpresso in Michael Arnhem (ed.), *Common Law, International Library of Essays in Law and Legal Theory: Legal Cultures*, vol. 6, Dartmouth, Aldershot, Hampshire, 1994.

HUSTER, STEFAN - *Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*. Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

IPSEN, HANS PETER - *Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr : Rechtsgutachten zum Regierungsentwurf eines Straßenentlastungsgesetzes d. Arbeitsgemeinschaft Güterfernverkehr im Bundesgebiet e.V.*, ed. própria, Frankfurt a.M., 1954.

IPSEN, HANS PETER - «Gleichheit», in F. L. Neumann / H. C. Nipperdey / U. Scheuner (eds.), *Die Grundrechte*, vol. II, Duncker & Humblot, Berlin, 1954, pp. 111-198.

IPSEN, JÖRN - *Staatsrecht II. Grundrechte*, 16.^a ed., Vahlen, München, 2013.

ISENSEE, JOSEF - «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», in Isensee/Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, C.F. Müller, Heidelberg, 1992; 2.^a ed., 2000, pp. 143 ss.

- ISENSEE, JOSEF - «Grundrecht auf Ehre», in Burkhardt Ziemke e outros (org), *Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*, Beck, München, 1997, pp. 5-48.
- ISENSEE, JOSEF - *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, 2.^a ed, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.
- ISENSEE, JOSEF - *Die bedrohte Menschenwürde: Betrachtungen zur höchsten Norm des Grundgesetzes*, Presseamt des Erzbistums, Köln, 2005.
- JÄCKEL, HARTMUT - *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967.
- JAECKEL, LIV - *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2001.
- JARASS, HANS - «Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv- rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in *AöR*, vol. 110 (1985), pp. 363-397.
- JARASS, HANS - «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», in *NJW* (1997), pp. 2545-2550.
- JELLINEK, GEORG - *System der subjectiven öffentlichen Rechts* (1892), trad. italiana *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi*, Milão, 1912.
- JELLINEK, GEORG - *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen; contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, trad., A. Fontemoing, Paris, 1902.
- JELLINEK, WALTER - *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913.
- JERUSALEM, FRANZ WILHELM - «Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung», in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, vol. 5 (1950), pp. 1-8.
- JESTAEDT, MATTHIAS - *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.
- JOUANJAN, OLIVIER - *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica P. U.A.M., Paris, 1992.

- KAUFMANN, ARTHUR - «Über den Wesensgehalt der Grund - und Menschenrechte», in *ARSP* (1984), pp. 384-399.
- KAUFMANN, ERICH - «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Caderno 3, Walter de Gruyter, Berlin, Leipzig, 1927, pp. 2-23.
- KIRCHHOF, FERDINAND - *Private Rechtsetzung*, , Duncker & Humblot, Berlin, 1987.
- KIRCHHOF, PAUL - «Allgemeiner Gleichheitssatz», in Paul Kirchhof / Josef Isensee, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 8, 3.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 697-838.
- KISCHEL, UWE - «Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz», in *AöR*, vol. 124 (1999), pp. 174-211.
- KLATT, MATTHIAS - «Taking Rights less seriously. A structural analysis of judicial discretion», in *Ratio Juris*, vol. 20 (2007), pp. 506-529.
- KLEIN, ECKART - «Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates», in *NJW* (1989), pp. 1633-1640.
- KLEIN, HANS - «Die grundrechtliche Schutzpflicht», in *DVBf* (1994), pp. 489-497.
- KLOEPFER, MICHAEL - *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.
- KNIES, WOLFGANG - «Auf dem Weg in den "verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat», in Burmester (ed.), *Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, Beck, München, 1997, pp. 1155-1182.
- KOCH, HANS-JOACHIM - «Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht», in Schilcher/Koller/Funk (eds.), *Regeln, Prinzipien, und Elemente im System des Rechts*, Wien, pp. 245-58.
- KOKOTT, JULIANE - «Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in Peter Badura/Horst Dreier (org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. 2, 2001, pp. 127-162.
- KOMMERS, DONALD P. / MILLER, RUSSEL A. - *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3.^a ed., Duke University Press, Durham e Londres, 2012.
- KRAUSE, PETER - «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht», *JZ* (1984), pp. 656 ss., 711 ss., 828 ss.

- KRIELE, MARTIN - «Freiheit und Gleichheit», in Benda / Maihofer / Vogel (org.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, de Gruyter, Berlin, New York, 1984, pp. 129-168.
- KRINGS, GÜNTER - *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche: Die subjektivrechtliche Rekonstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts*, Dissertação, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.
- KRÜGER, HERBERT - «Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art. 19 GG», in DöV (1955), pp. 597-602.
- KRÜGER, HERBERT / SEIFERT, JÜRGEN - *Die Einschränkung der Grundrechte, Untersuchungen zu Artikel 19 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Niedersächsische Landeszentrale f. Polit. Bildung, Hannover, 1976.
- LADÉUR, KARL-HEINZ - *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.
- LARENZ, KARL - *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. port. de *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., Gulbenkian, Lisboa, 1983.
- LARENZ, KARL - *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (trad. de *Richtiges Recht*, Munique, 1979), Madrid, 1985.
- LEIBHOLZ, GERHARD - *Die Gleichheit vor dem Gesetz; eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, O. Liebmann, Berlin, 1925; 2.ª ed., Beck, München, Berlin, 1959.
- LEISNER, WALTER - *Grundrechte und Privatrecht*, Beck, München, 1960.
- LENZE, ANNE - «Gleichheitssatz und Generationengerechtigkeit», in *Der Staat*, vol. 46, n.º 1 (2007), pp. 89-108.
- LEON, JOSÉ MARIA BAÑO - «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», in *REDC*, vol. 24 (set-dez., 1988), pp. 155-179.
- LERCHE, PETER - «Grundrechtlichen Schutzbereich, Grundrechtsprägung, und Grundrechtseingriff», in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 739-773.
- LERCHE, PETER - «Grundrechtsschranken», in Isensee/Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 775-804.
- LINDAHL, LARS - *Position and change. A study in Law and Logic*, Reidel, Dordrecht, 1977.

- LINDNER, JOSEF FRANZ - *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- LÜBBE-WOLFF, GERTRUDE - *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos, Baden-Baden, 1988.
- LUCHTERHANDT, OTTO - *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland. Geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.
- LÜCKE, JÖRG - «Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG», in *JZ* (1999), pp. 377-384.
- LUHMANN, NIKLAS - *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Mohr, Tübingen, 1968.
- LUQUE, LUIS AGUIAR - «Los limites de los derechos fundamentales», in *RCEC*, vol. 14 (jan.-ab., 1993), pp. 9-34.
- LYONS, DAVID (ed.) - *Rights*, Wadsworth, Belmont (Cal.), 1979.
- LYONS, DAVID - «Utility and rights», in Pennock/Chapman (ed.), *Nomos XXIV: Ethics, Economics and the Law*, New York University Press, New York, 1982, pp. 107-138.
- LYOTARD, JEAN FRANÇOIS, *A condição pós-moderna*, trad. port. de *La condition postmoderne*, Lisboa, Gradiva, s.d.
- MAAß, RAINALD - «Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz - Ein Neuansatz?», in *NVwZ* (1988), pp. 14-21.
- MACINTYRE, ALASDAIR - *After Virtue. A study in moral theory*, University of Notre Dame, Press Notre Dame, 1981.
- MACINTYRE, ALASDAIR - *Whose virtue. Which rationality?*, University of Notre Dame Press Notre Dame, 1988.
- MAIHOFFER, WERNER - «Princípios de una democracia en libertad». in E. Benda, et al. *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 217-323.
- MANCEBO, LUIS VILLACORTA - «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como limites (probablemente insuficientes)», in *REP*, vol. 130 (2005), pp. 35-75.
- MANCEBO, LUIS VILLACORTA - *Principio de igualdad y Estado social*, Universidad de Cantabria, 2006.
- MARAUHN, THILO/ RUPPEL, NADINE - «Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional

- Court», in Eva Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland, 2008, pp. 273-296.
- MARTIN, SHEILAH / MAHONEY, KATHLEEN (eds.) - *Equality and Judicial Neutrality*, Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1987.
- MAUNZ, THEODOR - «Die Suche nach den Schranken der Grundrechte», in *Verfassung, Verwaltung, Finanzkontrolle: Festschrift für Hans Schäfer zum 65. Geburtstag am 26. Januar 1975*, Carl Heymann Verlag, Köln, 1975, pp. 7-23.
- MAYER, OTTO - *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1.^o vol., Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.
- MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE - *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3.^a ed., Malheiros, São Paulo, 2006.
- MICHAEL, LOTHAR - *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennormen komparativer Systeme*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.
- MICHAEL, LOTHAR - «Los derechos de igualdad como principios iusfundamentales», in Jan-R. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 137- 167.
- MÖLLER, KAI - *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- MÖLLERS, CHRISTOPH - «Wandel der Grundrechtsjudikatur - Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG», in *NJW* (2005), pp. 1973-1979.
- MORAND, CHARLES-ALBERT - «Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation», in *Droit et Société*, vol. 10 (1988), pp. 407-423.
- MORAND, CHARLES-ALBERT - «Vers une Méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles», in *De la Constitution, études en l'honneur de J-F Aubert*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle Francfort-sur-le-Main, 1996, pp. 57-75.
- MORAND, CHARLES-ALBERT - «Pesée d'intérêts et décisions complexes», (1996) acedido em janeiro de 2015 através de <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/morand01.htm>
- MORESO, JOSÉ JUAN - *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, 2.^a ed., Palestra, Lima, 2014.

MÖSTL, MARKUS - «Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten - Die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen», in *DÖV* (1998), pp. 1029-1038.

MÖSTL, MARKUS - *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

MÜLLER, FRIEDRICH - *Normstruktur und Normativität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.

MÜLLER, FRIEDRICH - *Die Positivität der Grundrechte*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1990.

MÜLLER, JÖRG PAUL - *Elements pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Editions Stämpfli, Bern, 1983.

MURSWIEK, DIETRICH - *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik.: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

MYRDAL, GUNNAR - «Das Zweck/Mittel-Denken in der Nationalökonomie», in *Zeitschrift für Nationalökonomie*, vol. 4 (1933), pp. 305-329.

NADALES, PORRAS - *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPU, Barcelona, 1988.

NAGEL, ROBERT F. - *Constitutional Cultures. The Mentality and Consequences of Judicial Review*, University of California Press, Berkeley, 1989.

NEUPERT, MICHAEL - *Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

NIMMER, MELVILLE B. - «The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy», in *CaLR*, vol. 56 (1968), pp. 935-967.

NINO, CARLOS SANTIAGO - *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

NINO, CARLOS SANTIAGO - *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984.

NIPPERDEY, HANS CARL - *Grundrechte und Privatrecht*, Scherpe, Krefeld, 1961.

NITZ, GERHARD - *Private und öffentliche Sicherheit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

- ODENDAHL, KERSTIN - «Der allgemeine Gleichheitssatz: Willkürformel und „neue Formel“ als Prüfungsmaßstäbe», in *Jura* (2000), pp. 170-176.
- ORUCU, ESIN - «The Core of Rights and Freedoms: The Limit of Limits», in Tom Campbell e outros *Human Rights, From Rethoric to Reality*, Basil Blackwell, Oxford, 1986, pp. 37-59.
- OSSENBÜHL, FRITZ - «Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», in Christian Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. I, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, pp. 458-518.
- PALADIN, LIVIO - *Il principio costituzionale d'egualianza*, Giuffré, Milão, 1965.
- PAPIER, HANS-JÜRGEN - «Aktuelle grundrechtsdogmatische Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Schutzbereich - Eingriff. Gesetzesvorbehalt», in Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, *Grundfragen der Grundrechtsdogmatik*, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, pp. 81-100.
- PARDO, IGNACIO DE OTTO Y - «La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», in L. Martin-Retortillo / I. de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 95-172.
- PASCUAL, GABRIEL DOMÉNECH - *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- PAVLAKOS, GEORGE - «Constitutional rights, balancing, and the structure of autonomy», in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 24 (2011), pp. 129-154.
- PECZENIK, ALEKSANDER - *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrech/Boston/London, 1989; 2.^a ed., Springer, 2008.
- PERELMAN, CHAIM - *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1999.
- PETERS, HANS - *Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße. Gutachten zum Entwurf eines Straßenentlastungsgesetzes*, Kirschbaum, Bielefeld, 1954.
- PIEROTH/SCHLINK - *Grundrechte. Staatsrecht II*, 9.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1993; *idem*, 18.^a ed., 2002.
- PIEROTH/SCHLINK - *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*, trad. da 23.^a ed., Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008.

PIETZCKER, JOST - «Drittwirkung Schutzpflicht Eingriff», in *Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift Günter Dürig*, Beck, München, 1990, pp. 345-363.

PINTO, ILENIA MASSA - «La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza costituzionale» in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 43 (1998), pp. 1309-1334.

PLESSIS, LOURENS M. DU/DE VILLE, JACQUES - «Personal rights: life, freedom, and security of the person, privacy, and freedom of movement», in Van Wyk/ Dugard/ De Villiers/ Davis - *Rights and Constitutionalism. The New South African Legal Order*, Juta, Cape Town, 1994, pp. 212-263.

PODLECH, ADALBERT - *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971.

POSCHER, RALF - *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

POSCHER, RALF - «Insights, Errors and Self-misconceptions of the Theory of Principles», in *Ratio Juris*, vol. 22, n.º 4 (Dezembro 2009), pp. 425-454 (trad. de «Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnisse der Prinzipien-theorie», in J. R. Sieckmann (ed.), *Prinzipientheorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 59-79).

POSCHER, RALF - «The Principles Theory. How Many Theories and What is their Merit?», in Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 218-247.

POSNER, RICHARD A. - «The Meaning of Judicial Self-Restraint», in *Indiana Law Journal*, vol. 59, n.º 1 (1983), pp. 1-24, acedido em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2855&context=journal_articles

POSTEMA, GERALD J. - «Objectivity Fit for Law», in Brian Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 99-143.

PUJALTE, ANTONIO-LUIS MARTINEZ - *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

QUANTE, MICHAEL - *Menschenwürde und personale Autonomie. Demokratische Werte im Kontext der Lebenswissenschaften*, Meiner, Hamburg, 2010.

- RAABE, MARIUS - *Grundrechte und Erkenntnis: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- RAO, NEOMI - «On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law», in *Columbia Journal of European Law*, vol. 14 (2008), pp. 201-255.
- RASSOW, REINHARD - *Staatliche Schutzpflichten für geistiges Eigentum*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2006.
- RAU, CHRISTIAN - *Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- RAUTENBACH, I. M. - *General provisions of the South African bill of rights*, Butterworths, Durban, 1995.
- RAWLS, JOHN - *A Theory of Justice*, Belknap Press, Cambridge (Massachusetts), 1971.
- RAWLS, JOHN - «The Basic Liberties and their priority», consultado em Maio de 2013 em <http://tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/rawls82.pdf>
- RAWLS, JOHN - *Political Liberalism. With a new Introduction and the "Reply to Habermas"*, Columbia University Press, New York, 1996.
- RAZ, JOSEPH - *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- ROBBERS, GERHARD - *Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, Nomos, Baden-Baden, 1987.
- ROBBERS, GERHARD - *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos, Baden-Baden, 1980.
- ROBBERS, GERHARD - «Der Gleichheitssatz», in *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 41 (1988), pp. 749-758.
- RODRÍGUEZ-ARMAS, MAGDALENA LORENZO - *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Editorial Comares, Granada, 1996.
- ROELLECKE, GERD - «Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in Christian Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, pp. 22-49.
- ROSSANO, CLAUDIO - *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, E. Jovene, Napoli, 1966.

- ROUSSEAU, DOMINIQUE - *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, tese, Poitiers, 1979.
- RUBEL, RÜDIGER - *Planungsermessen. Norm- und Begründungsstruktur*, Metzner, Frankfurt am Main, 1982.
- RUSTEBERG, BENJAMIN - *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- SACHS, MICHAEL - *Grenzen des Diskriminierungsverbots*, Vahlen, München, 1987.
- SACHS, MICHAEL - «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes - Willkürverbot und sogenannte neue Formel», in *JuS* (1997), pp. 124-130.
- SACHS, MICHAEL - *Verfassungsrecht II. Grundrechte*, 2.^a ed., Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2002.
- SACKSOFSKY, UTE - *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Abs. 2 des Grundgesetzes*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 1996.
- SADURSKI, WOJCIECH - *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, New York, 2008.
- SANTIAGO, J. M. RODRIGUEZ DE - *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- SARLET, INGO WOLFGANG - *A eficácia dos direitos fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998.
- SARLET, INGO WOLFGANG - «Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais», in *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, vol. 16 (jul./set. 2005), pp. 193-259.
- SARTOR, GIOVANNI - «Defeasibility in legal reasoning», in *Rechtstheorie*, vol. 24 (1993), pp. 281-316.
- SARTOR, GIOVANNI - *Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law*, Springer, Berlin, 2005.
- SCHARFFS, BRETT G. - «Adjudication and the Problems of Incommensurability», in *William & Mary Law Review*, vol. 42, (2001), pp. 1367-1435, acedido em <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol42/iss4/6>

SCHAUER, FREDERICK - «Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture», consultado em fevereiro de 2013 em <http://ssrn.com/abstract=668523> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.668523>

SCHAUER, FREDERICK - «A Comment on the Structure of Rights», in *Georgia Law Review*, vol. 27 (1993), pp. 415-434.

SCHAUER, FREDERICK - «The Boundaries of the First Amendment: a Preliminary Exploration of Constitutional Salience», in *HLR*, vol. 117 (2003-4), pp. 1765-1809.

SCHAUER, FREDERICK - «The Exceptional First Amendment», 2005, consultado em agosto de 2014 em <http://ssrn.com/abstract=668543> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.668543>

SCHAUER, FREDERICK - «Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text», in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4 (2010), pp. 35-45.

SCHERZBERG, ARNO - *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität" das Ausmass individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.

SCHMIDT, EBERHARD - «Der Strafprozeß. Aktuelles und Zeitloses», in *NJW* (1969), pp. 1137-1146.

SCHMIDT, WALTER - *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, Beck, München, 1982.

SCHNEIDER, LUDWIG - «Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG», Duncker & Humblot, Berlin, 1983.

SCHOCH, FRIEDRICH - «Der Gleichheitssatz», in *DVBl* (1988), pp. 863-882.

SCHOLZ, RUPPERT - «Karlsruhe im Zwielficht - Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BVerfG», in Burmester (ed.), *Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, Beck, München, 1997, pp. 1201-1223.

SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE / BUMKE, CHRISTIAN - *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des -einfachen- Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 2000.

SCHWABE, JÜRGEN - *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, edição própria, Darmstad, 1977.

- SCHWERDTNER, PETER - *Das Persönlichkeitsrecht in deutschen Zivilrechtsordnung*, J.Schweitzer Verlag, Berlin, 1977.
- SCHYFF, G. VAN DER - *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2005.
- SEETZEN, UWE - «Der Prognosespielraum des Gesetzgebers», in *NJW* (1975), pp. 429-434.
- SEGADO, FRANCISCO FERNANDEZ - «Naturaleza y regimen legal de la suspensión de los derechos fundamentales», in *RDerP*, vol. 18/19 (Verão/Outono 1983), pp. 31-58.
- SEITER, HUGO - *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, Mohr, Tübingen, 1975.
- SIECKMANN, JAN-REINARD - *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1990.
- SIECKMANN, JAN-REINARD - «Legal System and Practical Reason. On the Structure of a Normative Theory of Law», in *Ratio Juris*, vol. 5 (1992), pp. 288-307.
- SIECKMANN, JAN-REINARD - *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA - *Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, Nomos, Baden-Baden, 2002.
- SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA - *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2.^a ed., Malheiros, São Paulo, 2010.
- SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA - «O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais», in *Revista de Direito do Estado*, vol. 4 (2006), pp. 23-51.
- SMEND, RUDOLF - "Das Recht der freien Meinungsäußerung", in *Berichte; Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927; mit einem Auszug aus der Aussprache*, VVDStRL 4, W. de Gruyter, Berlin, 1928, pp. 44 -73.
- SMEND, RUDOLF - *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, München, 1928.
- SOMMERMAN, KARL-PETER - *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.
- SPECCHIA, MARINA CALAMO - *La Costituzione garantita. Dalla sovranità alla ragionevolezza: itinerari francesi*, Giappichelli, Torino, 2000.

- SPENDEL, GÜNTER - «Über eine rationalistische Geisteshaltung als Voraussetzung der Jurisprudenz», in *Beiträge zur Kultur- und Rechtsphilosophie: Festschrift für Gustav Radbruch zum 70. Geburtstag*, Rausch, Heidelberg, 1948, pp. 68-89.
- STARCK, CHRISTIAN - «Menschenwürde als Verfassungsgarantie in modernen Staat», in *JZ*, vol. 36 (1981), pp. 457-464.
- STARCK, CHRISTIAN - *Praxis der Verfassungenauslegung*, Nomos, Baden-Baden, 1994.
- STARCK, CHRISTIAN - «Auslegung und Sicherung», 2010 - <http://proj3.sinica.edu.tw/~ias/upload/publication/journal/journal07/journal07ch01.swf>
- STERN, KLAUS - *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, Allgemeine Lehren der Grundrechte, C. H. Beck, München, 1988.
- SZCZEKALLA, PETER - *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht : Inhalt und Reichweite einer "gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion"*, Duncker und Humblot, Berlin, 2002.
- TRIBE, LAURENCE H. - *American Constitutional Law*, Mineola, Foundation Press, New York, 1978 (2.^a ed., 1988).
- TUSSMAN, JOSPEH e TENBROECK, JACOBUS - «The Equal Protection of the Laws», in *California Law Review*, vol. 37 (1949), pp. 341-381, consultado em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3493&context=californialawreview>.
- UNRUH, PETER - *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- USHER, J. A. - «The influence of national concepts on decisions of the European Court», in *ELR*, vol. 5 (1976), pp. 359-374.
- VAN WYK / DUGARD/ DE VILLIERS/ DAVIS - *Rights and Constitutionalism. The New South African Legal Order*, Juta, Cape Town, 1994.
- VILLA, JESÚS LEGUINA - «Principios generales del Derecho Y Constitución», in *Revista de Administración Pública*, vol. 114 (1987), pp. 7-37.
- VILLA, VITTORIO - «Legal Theory and Value -Judgements», in *Law and Philosophy*, vol. 16 (1997), pp. 447-477.
- VITZTHUM, W. GRAF - «Menschenwürde als Verfassungsbegriff», in *JZ* (1985), pp. 201-209.

- VON ARNAULD, ANDREAS - *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- WALDRON, JEREMY - *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- WALDRON, JEREMY - «Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer», in *Hastings Law Journal*, vol. 45 (1994), pp. 813-824.
- WERNSMANN, RAINER - «Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm - Bundesverfassungsgericht oder Gesetzgeber?», in *NVwZ* (2000), pp. 1360-1364.
- WESTEN, PETER - «The empty idea of equality», in *HLR*, vol. 95 (1982), pp. 537-596.
- WOOLMAN, STUART/WAAL, JOHAN - «Freedom of assembly: voting with your feet», Van Wyk/ Dugard/ De Villiers/ Davis - *Rights and Constitutionalism. The New South African Legal Order*, Juta, Cape Town, 1994, pp. 292-337.
- WOOLMAN, STUART/WAAL, JOHAN - *Freedom of association: the right to be we*, Van Wyk/ Dugard/ De Villiers/ Davis - *Rights and Constitutionalism. The New South African Legal Order*, Juta, Cape Town, 1994, pp. 338-386.
- YOSHINO, KENJI - «The new equal protection», in *HLR*, vol. 124 (2011), pp. 747-803, consultado em http://www.pulp.up.ac.za/pdf/2012_08/2012_08.pdf
- YOUNG, ALISON L. - «In Defense of Due Deference», in *The Modern Law Review*, vol. 72 (2009), pp. 554-580.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO - *La giustizia costituzionale*, Il mulino, Bolonha, 1988.
- ZIPF, HEINZ - *Die Strafmaßrevision*, Beck, München, 1969.
- ZIPPELIUS, REINHOLD - *Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft*, 10.^a ed., Beck, München, 1988.
- ZIVIER, ERNST - *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, E. Reter, Berlin, 1960.
- ZUCCA, LORENZO - *Constitutional Dilemmas - Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the US*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- ZUCCA, LORENZO - «Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas», in Eva Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland, 2008, pp. 19-37.

Bibliografia portuguesa

ABRANTES, J. J. NUNES - *Vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990.

ALBUQUERQUE, MARTIM DE - *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 1993.

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO - *Estatuto Constitucional da Atividade de Televisão*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO - *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2006.

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO - *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2.^a ed., Principia, Cascais, 2011.

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO - «Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades», in Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaio crítico*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 51-68.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE - *Os direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982.

ALMEIDA, JOSÉ M. F. - «Procedimento Administrativo», in *DJAP*, vol. VI, pp. 470-536.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO - «Direitos fundamentais dos administrados», in Jorge Miranda (org.) *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 11-28.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO - *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2007.

AMARAL, MARIA LÚCIA - «O problema da função política dos grupos de interesse (do pluralismo ao neocorporativismo)», in *O Direito*, vols. 106º - 119º (1974/1987), pp. 147-222.

AMARAL, MARIA LÚCIA - *A forma da República. Uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

AMARAL, MARIA LÚCIA - «O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 35-57.

ANDRADE, J. C. VIEIRA DE - *Direito Constitucional*, policop., Coimbra, 1977.

ANDRADE, J. C. VIEIRA DE - «Os direitos fundamentais nas relações entre particulares», separata de *Documentação de Direito Comparado*, n.º 5 (1981).

- ANDRADE, J. C. VIEIRA DE - *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983 (1.^a edição); 2001 (2.^a edição); 2012 (5.^a edição).
- ANDRADE, J.C. VIEIRA DE - *Autonomia regulamentar e reserva de lei*, separata do número especial do *BFDUC, Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- ANDRADE, J.C. VIEIRA DE - *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1991.
- ANDRADE, J. C. VIEIRA DE - «Direitos e garantias fundamentais», in Baptista Coelho (org.), *Portugal. O sistema político e constitucional*, Instituto de Ciências Sociais Lisboa, pp. 685-700.
- ANDRÉ, ADÉLIO PEREIRA - *A defesa dos direitos e o acesso aos tribunais*, Livros Horizonte, Lisboa, 1980.
- ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO - «Interesse público, proporcionalidade e mérito: relevância e autonomia processual do princípio da proporcionalidade», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 539-575.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA - *Teoria Geral do direito Civil*, vol. IV (Título V - As situações jurídicas), (policop.), Lisboa, 1985.
- BATISTA, EDUARDO CORREIA - *Os Direitos de Reunião e de Manifestação no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2006.
- BELEZA, MARIA LEONOR / SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE - «Direito de Associação e Associações», in Jorge Miranda (org.), *Estudos Sobre a Constituição*, vol. III, Petrony, Lisboa, 1979, pp. 121-194.
- BRITO, JOSÉ DE SOUSA - «Droits et utilité chez Bentham», in *Filosofia do Direito e do Estado*, Lisboa, 1981/2, pp. 289-315.
- BRITO, JOSÉ DE SOUSA - «O princípio da utilidade, razão e direito», in *Filosofia*, vol. 4 (1990), pp. 33-51.
- BRITO, JOSÉ DE SOUSA - «É o princípio de utilidade racional?», in *Telos - Revista Ibero-Americana de Estudios Utilitarios*, vol. 1 (1992), pp. 55-72.
- BRITO, JOSÉ DE SOUSA E - «A lei penal na Constituição», in Jorge Miranda (org.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Petrony, Lisboa, 1978, pp. 197-254.
- BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE - «Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional», in Gonçalo de Almeida Ribeiro,

Luís Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaio crítico*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 107-131.

BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE/COUTINHO, LUÍS PEREIRA - «A 'Igualdade-Proporcional', Novo Modelo no Controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013», in *Direito e Política*, vol. 4 (2013), pp. 182-191.

CABRAL, MARGARIDA MARIA DE OLAZABAL - «Poder de expropriação e discricionariedade», in *RJUA*, n.º 2 (dez. 1994), pp. 77-143.

CAETANO, MARCELLO - *Direito Constitucional*, I, Forense, Rio de Janeiro, 1977.

CAETANO, MARCELLO - *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 9.ª ed., Almedina, Coimbra (reimp. 1980).

CANAS, VITALINO - *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional. Os seus efeitos em particular*, Cognitio, Lisboa, 1984.

CANAS, VITALINO - *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1986.

CANAS, VITALINO - *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, AAFDL, Lisboa, 1994.

CANAS, VITALINO - «Princípio da proporcionalidade», separata do vol. VI do *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1994, pp. 591-649.

CANAS, VITALINO - «Relação Jurídico-Pública», separata do vol. VII do *DJAP*, Lisboa, 1996, pp. 207-234.

CANAS, VITALINO - «O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações», in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 323-357.

CANAS, VITALINO - «Princípio da proibição do excesso e polícia», in Manuel Monteiro Guedes Valente (org.), *I Colóquio de Segurança Interna*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 187-211.

CANAS, VITALINO - «A actividade de polícia e a proibição do excesso: as forças e serviços de segurança em particular», in Jorge Bacelar Gouveia e Rui Pereira (coord.), *Estudos de Direito e Segurança*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 445-481.

CANAS, VITALINO - «A actividade de polícia e a actividade policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas», separata dos

Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 1253-1294.

CANAS, VITALINO - «Os limites gerais da atividade de polícia», in Jorge Bacelar Gouveia (coord.), *Estudos de Direito e Segurança*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 449-469.

CANAS, VITALINO - «A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 811-893.

CANAS, VITALINO - «Proporcionalidade», in Jorge Bacelar Gouveia / Francisco Pereira Coutinho (org.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Quid Juris, Lisboa, 2013, pp. 304-310.

CANAS, VITALINO - «Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao 'corte' de pensões)», in *e.pública - Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 1 (janeiro 2014).

CANOTILHO, J. J. GOMES - *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Almedina, Coimbra, 1974.

CANOTILHO, J. J. GOMES - *Direito Constitucional. Tópicos de estudo*, policopiado, Coimbra, 1976/1977.

CANOTILHO, J. J. GOMES - «Ordem Constitucional, Partidos Políticos e Direitos Fundamentais», in *Nação e Defesa*, vol. 10 (ab.-jun. 1979), pp. 81-105.

CANOTILHO, J. J. GOMES - *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

CANOTILHO, J. J. GOMES - «O círculo e a linha - da 'liberdade dos antigos' à 'liberdade dos modernos' na teoria republicana dos direitos fundamentais», in *O Sagrado e o Profano, Homenagem ao Prof. Silva Dias, Revista de História das Ideias*, vol. 9 (1987), pp. 733-758.

CANOTILHO, J. J. GOMES - «Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais», separata dos *Estudos em homenagem ao Professor Ferrer Correia*, vol. I, número especial do *BFDUC*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988.

CANOTILHO, J. J. GOMES - «Tomemos en serio los derechos economicos, sociales y culturales», in *RCEC*, vol. 1 (set.-dez. 1988), pp. 239-260.

- CANOTILHO, J. J. GOMES - «Constituição e défice procedimental», in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- CANOTILHO, J. J. GOMES - «Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização», in *BFDUC* (1990), pp. 151-163.
- CANOTILHO, J. J. GOMES - *Direito Constitucional*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 1980.
- CANOTILHO, J. J. GOMES - «Relações jurídicas poligonais ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo», in *RJUA*, vol. 1 (jun. 1994), pp. 55-66.
- CANOTILHO, J. J. GOMES - «Omissões normativas e deveres de protecção», in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 111-124.
- CANOTILHO, J. J. GOMES - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1997 (2.^a ed., 1998; 5.^a ed., 2000; 7.^a ed., 2003).
- CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, VITAL - *Constituição da República Portuguesa anotada*, 1.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1978; 3.^a ed. 1993; 4.^a ed. 2007.
- CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, VITAL, *Os poderes do Presidente da República*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, VITAL - *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- CARVALHO, JOÃO SOARES DE - *Em volta da Magna Carta. Textos originais, tradução e estudo*, Inquérito, Mem Martins, 1993.
- CARVALHO, ORLANDO DE - «A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites», in *RDES*, vol. XVI (1969), pp. 55 ss. e 249 ss.
- CARVALHO, ORLANDO DE - *Os direitos do homem no Direito Civil Português*, Coimbra, 1973 (*Les Droits de l'homme dans le Droit Civil Portugais*, in *BFDUC*, vol. XLIX [1973], pp. 1-24).
- CASTRO, ALEXANDRA BRÍZIDA - *As omissões normativas inconstitucionais no Direito Constitucional Português*, Almedina, Coimbra, 2012.
- CAUPERS, JOÃO - *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985.
- CLARO, J. MARTINS - «Introdução ao Estudo do princípio da igualdade em Direito constitucional», Dissertação de pós-graduação, policop. (inédito), FDUL, Lisboa, 1983.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 1984.

CORREIA, FERNANDO ALVES - «As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública», separata do *BFDUC*, vol. XXIII (1982).

CORREIA, FERNANDO ALVES - *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989.

CORREIA, MARIA LÚCIA C. A. AMARAL PINTO – *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

CORREIA, SÉRVULO - *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987.

CORREIA, SÉRVULO - *Direito de Manifestação. Âmbito de protecção e restrições*, Almedina, Coimbra, 2006.

COSTA, JOSÉ MANUEL CARDOSO DA - *A tutela dos direitos fundamentais*, separata de *Documentação e Direito Comparado* (1981).

COSTA, JOSÉ MANUEL CARDOSO DA - «A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais», separata do *BMJ*, vol. 396 (maio 1990), pp. 5-27.

COUTINHO, LUÍS P. PEREIRA - «Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 557-574.

COUTINHO, LUÍS P. PEREIRA - «Formular e Prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional», in Gonçalo de Almeida Ribeiro / Luís Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaios críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 246-261.

CRORIE, BENEDITA MAC - *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005.

CRORIE, BENEDITA MAC - *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Almedina, Coimbra, 2013.

CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA - «Constituição e crime». *Uma perspectiva da criminalização e descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995.

CUNHA, PAULO FERREIRA DA - *Pensar o direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade*, Almedina, Coimbra, 1991.

DRAY, GUILHERME MACHADO - *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho – sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999.

DUARTE, DAVID - *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, Coimbra, 1996.

DUARTE, DAVID - «Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deônticos em Alf Ross: a Crítica, a Inexistência de Permissões Fracas e a Completude do Ordenamento em Matéria de Normas Primárias», in *RFDUL*, vol. XLIII, n.º 1 (2002), pp. 257-281.

DUARTE, DAVID - *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006.

DUARTE, DAVID - «Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances», in Jan-Reinard Sieckmann (ed.), *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*, Franz Steiner Verlag, Nomos, Stuttgart, 2010, pp. 51-62.

DUARTE, MARIA LUISA, *A liberdade de circulação das pessoas e a ordem pública no direito comunitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

EGÍDIO, MARIANA MELO - «Análise da Estrutura das Normas Atributivas de Direitos Fundamentais. A Ponderação e a Tese Ampla da Previsão», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 611-636.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO - *Teoria geral do direito civil*, vol. I, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1995.

FERREIRA, EDUARDO PAZ - *Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado*, Almedina, Coimbra, 1995.

FERREIRA, M. CAVALEIRO DE - *Do exercício e da tutela dos direitos*, conferência policopiada, Lisboa, 1968.

FIGUEIREDO, ANDRÉ - «O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado», in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 23-52.

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA - «Princípio da Igualdade, Fórmula vazia ou Fórmula «carregada» de «conteúdo»», in *BMJ*, vol. 358 (1986), pp. 19-64.

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA - *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1994.

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA - *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 2005.

GOMES, CARLA AMADO / FREITAS, DINAMENE DE - «Portugal. En contredisant Machiavel: le principe de proportionnalité et la légitimation de l'action publique», in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. 25 (2009), pp. 317-340.

GOUVEIA, JORGE BACELAR - *A cláusula aberta de direitos fundamentais*, policopiado (inédito), Lisboa, 1990.

GOUVEIA, JORGE BACELAR - *Os direitos fundamentais atípicos*, Aequitas, Lisboa, 1995.

GOUVEIA, JORGE BACELAR - *O Estado de Excepção no Direito Constitucional. Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998.

GOUVEIA, JORGE BACELAR - *Manual de Direito Constitucional*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007.

HÖRSTER, HEINRICH EWALD - «O imposto complementar e o Estado de Direito», in *RDE*, vol. 3, 1 (jan-jun.1977), pp. 59-92.

HÖRSTER, HEINRICH EWALD - *A parte geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil.*, Almedina, Coimbra, 1992.

LEÃO, ANABELA - «Notas sobre o Princípio da Proporcionalidade ou da Proibição do Excesso», in *Estudos em comemoração dos 5 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 999-1039.

LEITÃO, JOÃO SILVA - *Constituição e Direito de Oposição*, Almedina, Coimbra, 1987.

LOPES, DULCE - «Proporcionalidade, um instrumento fraco ou forte ao serviço do direito do urbanismo», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 307-333.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA - *Lições de introdução ao Direito Público*, in *Obra Dispersa*, vol. II, Scientia Iuridica, Braga, 1993.

MACHADO, JÓNATAS E. M. - *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

MACHETE, PEDRO / VIOLANTE, TERESA - «O princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus. Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal», apresentado na *XV Conferência trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal*, 2013, acedido em Novembro de 2013 através do sítio do TC www.tribunalconstitucional.pt

- MACIERINHA, TIAGO - *Proporcionalidade Implícita. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Administrativo Francês*, Policopiado, Lisboa, 2011.
- MACIERINHA, TIAGO - «Avaliar a avaliação custo-benefício: um olhar sobre a concepção francesa do princípio da proporcionalidade», in *Revista DUC In Altum, Caderno de Direito*, vol. 5, n.º 7 (jan-jun 2013), pp. 9-54.
- MARTINEZ, PEDRO SOARES - *As liberdades fundamentais e a revisão constitucional*, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1971.
- MARTINS, MARGARIDA SALEMA D'OLIVEIRA - *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- MATOS, ANDRÉ SALGADO DE - «Recurso hierárquico necessário e regime material dos direitos, liberdades e garantias», in *Scientia Iuridica*, vol. 50, n.º 289 (jan.-ab. 2001), pp. 78-124.
- MEDEIROS, RUI – *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica, Lisboa, 1999.
- MEDEIROS, RUI – «A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional», in Gonçalo Ribeiro de Almeida, Luís Pereira Coutinho (org.) - *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaios críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 265-288.
- MEDEIROS, RUI – *A Constituição portuguesa num contexto global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.
- MELO, A. BARBOSA DE - *A protecção jurisdicional dos cidadãos perante a Administração Pública*, policop., Coimbra, 1987.
- MENDES, JOÃO DE CASTRO- «Direitos, liberdades e garantias- Alguns aspectos gerais», in Jorge Miranda (org.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Petrony, Lisboa, 1977, pp. 93-117.
- MENDES, JOÃO DE CASTRO - «O Direito à integridade pessoal - Um esboço de comentário constitucional», in *RFDUL*, vol. XXX (1989), pp. 27-31.
- MIRANDA, JORGE - «Igualdade, princípio da», in *Polis*, vol. 3, Verbo, Lisboa, pp. 402-410.
- MIRANDA, JORGE - «Garantias Constitucionais», in *Enciclópia Verbo*, vol. IX, pp. 173-174.
- MIRANDA, JORGE - «Deputado», in *DJAP*, Coimbra, 1974, pp. 483-549.
- MIRANDA, JORGE - *Direito Constitucional*, policop., Lisboa, 1977.

MIRANDA, JORGE - *A Constituição de 1976 - Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Petrony, Lisboa, 1978.

MIRANDA, JORGE - «O quadro dos direitos políticos da Constituição», in Jorge Miranda (org.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Petrony, Lisboa, 1977, pp. 177-187.

MIRANDA, JORGE - *Direito Constitucional - Introdução geral*, policopiado, Lisboa, 1978/79.

MIRANDA, JORGE - «O regime dos direitos liberdades e garantias», in Jorge Miranda, *Estudos sobre a Constituição*, vol. III., Petrony, Lisboa, 1979, pp. 41-102.

MIRANDA, JORGE - *Direito Constitucional. - Direitos, liberdades e garantias* (policop.), UCP, Lisboa, UCP.

MIRANDA, JORGE - *Textos históricos do Direito Constitucional*, IN-CM, Lisboa, 1980.

MIRANDA, JORGE - «Relatório com o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de Direitos Fundamentais», separata da *RFDUL*, vol. XXVI (1985), pp. 385-559.

MIRANDA, JORGE - *As associações públicas no direito português*, Cognitio, Lisboa, 1985.

MIRANDA, JORGE - «Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa», in *REDC*, vol. 18 (1986), pp. 107-140.

MIRANDA, JORGE - «Direitos fundamentais - Liberdade religiosa e Liberdade de Aprender e Ensinar», in *DJ*, vol. III (1987/88), pp. 39-54.

MIRANDA, JORGE - «Liberdade de trabalho e profissão», Separata da *RDES*, vol. XXX, III, 2.^a série, n.º 2 (1988),

MIRANDA, JORGE - «Introduction à l'etude des droits fondamentaux», in *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Economica, Paris, 1989, pp. 161-175.

MIRANDA, JORGE - «Sobre o poder paternal», in *RDES*, vol. 32, n.ºs 1-4 (1990), pp. 23-56.

MIRANDA, JORGE - *Funções, órgãos e actos do Estado*, Lisboa, 1990

MIRANDA, JORGE - *Manual de Direito Constitucional*, tomo II (*Constituição e inconstitucionalidade*), Coimbra Editora, Coimbra, 1991.

MIRANDA, JORGE - «Direitos fundamentais», in *DJAP*, vol. IV, pp. 71-101.

MIRANDA, JORGE - *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV (*Direitos fundamentais*), Coimbra Editora, Coimbra, 1993; 3.^a ed., 2000; 5.^a ed., 2012.

MIRANDA, JORGE E MEDEIROS, RUI - *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.^a ed., Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE - *As Leis Reforçadas. As leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre atos legislativos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE - «Os direitos, liberdades e garantias na jurisprudência constitucional - Um apontamento», in *O Direito*, vol. 132, n.ºs 3/4 (jul-dez. 2000), pp. 361-380.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE - «Segurança Jurídica e Justiça Constitucional», in *RFDUL*, vol. XLI, n.º 2 (2000), pp. 619-630.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE - *Direito Constitucional II - Sumários Desenvolvidos*, AAFDL, Lisboa, 2004.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE - *Manual de Legística*, Editorial Verbo, 2007.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE - *Justiça Constitucional*, tomo II, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE - *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, tomo II, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

MOREIRA, ISABEL - *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007.

MOREIRA, VITAL - *A ordem jurídica do capitalismo*, 1.ª ed., Centelha, Coimbra, 1973; 2.ª ed., 1976.

MOREIRA, VITAL - *O direito de resposta na comunicação social*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

MOREIRA, VITAL - *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

MOTA, HENRIQUE - «Le principe de la liste ouverte en matière de droits fondamentaux», in *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, Paris, 1989, pp. 177-210.

NABAIS, JOSÉ CASALTA - «Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional», in *BFDUC*, vol. LXV (1989), pp. 61-120.

NABAIS, JOSÉ CASALTA - *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998.

NABAIS, JOSÉ CASALTA - *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

NETO, ANA MARIA – *Algumas considerações sobre as funções do princípio da proporcionalidade no Direito Comunitário*, Tese, FDL, 1997.

NEVES, CASTANHEIRA - *Curso de introdução ao estudo do direito (extractos)*, policop., Coimbra, 1971/2.

NEVES, CASTANHEIRA - *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1983.

NEVES, CASTANHEIRA – «Método jurídico», in *EP*, vol. 4 (1986), pp. 211-286.

NEVES, CASTANHEIRA - *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX PINTO - *Direito fiscal europeu – o paradigma da proporcionalidade*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

NOVAIS, JORGE R. - *Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1987.

NOVAIS, JORGE R. - «Renúncia a direitos fundamentais», in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, separata, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

NOVAIS, JORGE R. – *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003; 2.^a ed., 2012.

NOVAIS, JORGE R. – *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

NOVAIS, JORGE R. – *Direitos Sociais - Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

NOVAIS, JORGE R. – *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE - *Direito Administrativo I*, Almedina, Coimbra, 1980.

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / GONÇALVES, PEDRO COSTA / AMORIM, J. PACHECO, *Código do Processo Administrativo Comentado*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1993.

OTERO, PAULO - «Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?», in *O Direito*, vol. 122 (1990), pp. 603-619.

OTERO, PAULO - *A Democracia Totalitária. Do Estado totalitário à sociedade totalitária*, Principia, Cascais, 2001.

OTERO, PAULO - *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, Almedina, Coimbra, 2003.

OTERO, PAULO - *Direito Constitucional Português. Volume I Identidade Constitucional*. Almedina, Coimbra, 2010.

OTERO, PAULO - *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2014.

PALMA, MARIA FERNANDA - *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, AAFDL, Lisboa, 1990.

PALMA, MARIA FERNANDA - *Direito Constitucional Penal*, Almedina, Coimbra, 2006.

PEREIRA, RAVI AFONSO - «Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público», in *REDC*, vol. 98 (2013), pp. 317-370.

PINHEIRO, ALEXANDRE S. - «Restrições de Direitos Liberdades e Garantias», in *DJAP*, vol VII, 1996, pp. 280-285.

PINTO, LUZIA MARQUES DA SILVA CABRAL - *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

PINTO, PAULO MOTA - «O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade», in *Portugal-Brasil ano 2000*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 149-246.

PINTO, PAULO MOTA - «A Proteção da Confiança na "Jurisprudência da Crise"», in Gonçalo de Almeida Ribeiro / Luís Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaios críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 135-181.

RIBEIRO, GONÇALO DE ALMEIDA / COUTINHO, LUÍS PEREIRA (org.), *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaios críticos*, Almedina, Coimbra, 2014.

QUADROS, FAUSTO DE - «Omissões legislativas sobre direitos fundamentais», in *Nos dez anos da Constituição*, IN-CM, Lisboa, 1987, pp. 55-66.

QUEIRÓ, AFONSO / MELO, BARBOSA DE - «A liberdade de empresa e a Constituição», *RDES*, vol. XIV (1967), pp. 218-258.

QUEIRÓ, AFONSO - *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, policop., Coimbra, 1976.

QUEIROZ, CRISTINA - *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*, 2.^a ed., Wolters Kluwer-Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

RAMIÃO, RÚBEN MIGUEL PEREIRA - *Justiça, Constituição & Direito*, Quid Juris, Lisboa, 2013.

RAPOSO, VERA - *O Poder de Eva. O princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos problemas suscitados pela discriminação positiva*, Almedina, Coimbra, 2004.

RIBEIRO, GONÇALO DE ALMEIDA - «O Constitucionalismo dos Princípios», in Gonçalo de Almeida Ribeiro / Luís Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaio críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 71-103.

RIBEIRO, JOAQUIM SOUSA - «A tutela de bens da personalidade na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 835-859.

RIBEIRO, VINÍCIO - *Constituição da República Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 1993.

RODRIGUES, SANDRA - *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin, Uma Abordagem*, Almedina, Coimbra, 2005.

SAMPAIO, JORGE SILVA - *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

SAMPAIO, JORGE SILVA - «The Contextual Nature of Proportionality and Its Relation with the Intensity of Judicial Review», in Coutinho/La Torre/Smith, (eds.) *Judicial Activism An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer, 2015, pp. 137-159.

SILVA, GERMANO MARQUES DA- *Direito Penal Português*, 3 vols., Verbo, Lisboa, 2.^a ed. 2001, 2005, 2008.

SILVA, JORGE PEREIRA DA - *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003.

SILVA, JORGE PEREIRA DA - «Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 185-210.

SILVA, SUZANA TAVARES DA - «O Tetralemma do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização do Princípio: Adequação, Necessidade, Ponderação e Razoabilidade», in *BFDUC*, vol. LXXXVIII, tomo II (2012), pp. 639-678.

SILVA, VASCO PEREIRA DA - «A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias», in *RDES*, vol. XXIX, II, n.  2 (1987), pp. 259-274.

SILVA, VASCO PEREIRA DA - *A Cultura a que tenho Direito - Direitos Fundamentais e Cultura*, Almedina, Coimbra, 2007.

SILVA, VASCO PEREIRA DA - «“Todos diferentes, todos iguais” breves considerações acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais», in *Direitos Fundamentais & Justi a*, vol. 5, n.  16 (2011), pp. 23-51.

SOARES, ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT - *Interesse público, legalidade e mérito*, Petrony, Coimbra, 1955.

SOBREIRA, CARLOS PEDRO - *O Juiz Comunitário e o recurso aos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade enquanto limites ao exercício das competências comunitárias*, Vislis, Lisboa, 2003.

SOUSA, FRANCISCO DE - *Conceitos indeterminados» no direito administrativo*, Almedina, Coimbra, 1994.

SOUSA, FRANCISCO DE - «Actuação policial e princípio da proporcionalidade», in *Polícia*, vol. 113, ano LXI (1998), pp. 15-20.

SOUSA, MARCELO REBELO DE - *Direito Constitucional*, policop., Lisboa, 1977/78.

SOUSA, MARCELO REBELO DE - *Direito Constitucional - I - Introdução à teoria da constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979.

SOUSA, MARCELO REBELO de - *O valor jurídico do acto inconstitucional*, s.i. editora, Lisboa, 1988.

SOUSA, MARCELO REBELO de - *Privatizações e Constituição*, Editora Gráfica Portuguesa, Lisboa, 1991.

SOUSA, MARCELO REBELO DE - *Constituição da República Portuguesa e legislação complementar*, Aequitas Editorial Notícias, Lisboa, 1992.

SOUSA, MARCELO REBELO DE - «A lei no Estado contemporâneo», in *Leg.*, vol. 11 (out.-dez. 1994), pp. 5-18.

SOUSA, MARCELO REBELO DE - *Lições de Direito Administrativo*, s.i. editora, Lisboa, 1994/5.

SOUSA, MARCELO REBELO DE - *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lex, Lisboa, 2000.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE - «A Livre Apreciação da Prova em Processo Civil», in *Scientia Iuridica*, vol. XXXIII, n.ºs 187-8 (1984), pp. 115-146.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE - *As partes, o objeto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1994.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE - *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2013.

SOUSA, NUNO E - *A liberdade de imprensa*, separata do vol. XXVI do *BFDUC*, Coimbra, 1984.

SOUSA, RABINDRANATH V. A. CAPELO DE - *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

- TELES, MIGUEL GALVÃO - «Direitos absolutos e relativos», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim da Silva Cunha*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 649-676.
- TRINDADE, CLÁUDIA - «Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 149-185.
- URBANO, MARIA BENEDITA - «A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?», in Gonçalo de Almeida Ribeiro / Luís Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaio críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 11-48.
- VAZ, MANUEL AFONSO - *Lei e reserva da lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Universidade Católica, Porto, 1992.
- VELOSO, JOSÉ ANTÓNIO - «Concurso e conflito de normas», in *Direito e Justiça*, v. XVII (2003), pp. 205-272.

Acórdãos do Tribunal Constitucional utilizados³⁷⁰⁵

Acórdão n.º 11/83, M. Fonseca (imposto extraordinário sobre o rendimento)

Acórdão n.º 4/84, M. Diniz (inelegibilidades locais)

Acórdão n.º 25/84, C. Aroso (despenalização da interrupção voluntária da gravidez - primeiro acórdão)

Acórdão n.º 81/84, M. Bento (limites à liberdade de expressão)

Acórdão n.º 76/85, M. Diniz (propriedade das farmácias*)

Acórdão n.º 85/85, V. Moreira (interrupção voluntária da gravidez - segundo acórdão)

Acórdão n.º 145/85, C. Mesquita (número de assinaturas para constituição de partidos políticos)

Acórdão n.º 230/85, L. N. Almeida (inelegibilidades em eleições locais)

Acórdão n.º 282/86, V. Moreira (técnicos de contas)

Acórdão n.º 325/86, C. Costa (detenção de possível extraditando)

Acórdão n.º 342/86, M. Bento (aplicação de regras do CC a associações sindicais*)

Acórdão n.º 7/87, M. Brito (normas do Código de Processo Penal)

Acórdão n.º 35/87, M. Brito (inadmissibilidade de liberdade provisória)

Acórdão n.º 103/87, C. Costa (restrições aos direitos de pessoal militarizado da PSP)

Acórdão n.º 174/87, L. N. Almeida (restrição a direito constante de lei)

Acórdão n.º 439/87, M. Brito (suspensão de funções e vencimento)

Acórdão n.º 455/87, C. Costa (liberdade de organização das associações sindicais)

Acórdão n.º 11/88, M. Afonso (crimes incaucionáveis)

Acórdão n.º 39/88, M. Bento (privação do direito à indemnização)

Acórdão n.º 64/88, V. Moreira (submissão das associações sindicais às regras gerais)

Acórdão n.º 69/88, L. N. Almeida (prazo máximo da prisão preventiva)

³⁷⁰⁵ Todos acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

Acórdão n.º 99/88, C. Costa (prazos de caducidade de ações de paternidade ou maternidade*)

Acórdão n.º 189/88, M. Diniz (inelegibilidades de Deputados à AR)

Acórdão n.º 223/88, C. Costa (aplicação do CC a associações sindicais**)

Acórdão n.º 329/89, M. Bento (transição de trabalhadores de empresas de limpeza)

Acórdão n.º 413/89, C. Costa (caducidade da ação de investigação da paternidade ou maternidade**)

Acórdão n.º 451/89, L. N. Almeida (caducidade da ação de investigação da paternidade ou maternidade***)

Acórdão n.º 474/89, C. Costa (inscrição de agente de seguros)

Acórdão n.º 497/89, C. Costa (obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Advogados)

Acórdão n.º 198/90, M. Diniz (perda de vencimento em caso de processo disciplinar)

Acórdão n.º 221/90, A. Correia (proibição de sindicatos da PSP)

Acórdão n.º 287/90, S. Brito (limitação retroativa do direito de recurso)

Acórdão n.º 37/91, M. Brito (valor de indemnização por expropriação)

Acórdão n.º 62/91, S. Brito (restrição de acesso aos tribunais)

Acórdão n.º 83/91, R. Mendes (penas fixas)

Acórdão n.º 349/91, A. Correia (impenhorabilidade total das pensões de segurança social)

Acórdão n.º 363/91, R. Mendes (objeção de consciência)

Acórdão n.º 370/91, A. Correia (prazos de caducidade do direito de ação de paternidade ou maternidade****)

Acórdão n.º 476/91, A. Esteves (custas judiciais*)

Acórdão n.º 123/92, M. Diniz (suspensão automática de funções e vencimentos)

Acórdão n.º 151/92, M. Bento (regime do arrendamento)

Acórdão n.º 177/92, B. Serra (acesso a documentos administrativos)

Acórdão n.º 275/92, M. Brito (exclusão de promoção)

Acórdão n.º 285/92, A. Vitorino (racionalização do emprego de funcionários e agentes)

Acórdão n.º 289/92, A. Esteves (aviso prévio e serviços mínimos em caso de greve)

Acórdão n.º 473/92, T. Costa (incompatibilidades de Deputados ao PE)

Acórdão n.º 147/93, A. Esteves (regime das expropriações)

Acórdão n.º 152/93, R. Mendes (lei de amnistia)

Acórdão n.º 330/93, V. N. Almeida (adoção da *versão forte* do princípio da igualdade)

Acórdão n.º 456/93, T. Costa (combate à corrupção e criminalidade económica)

Acórdão n.º 458/93, R. Mendes (classificação como segredo de Estado)

Acórdão n.º 634/93, L. N. Almeida (criminalização de conduta de embarcadizo*)

Acórdão n.º 370/94, G. Fonseca (pena do Código de Justiça Militar)

Acórdão n.º 479/94, M. Diniz (obrigatoriedade de porte de documentos de identificação)

Acórdão n.º 494/94, M. Bento (impenhorabilidade de créditos)

Acórdão n.º 13/95, B. Serra (liberdade de imprensa e direito de resposta)

Acórdão n.º 237/95, R. Mendes (inibição da faculdade de conduzir como sanção acessória automática)

Acórdão n.º 451/95, G. Fonseca (impenhorabilidade de créditos, abstrato)

Acórdão n.º 527/95, V. N. Almeida (criminalização de conduta de embarcadizo, abstrato**)

Acórdão n.º 572/95, B. Serra (criminalização de comportamentos do devedor)

Acórdão n.º 574/95, M. Bento (valores de coimas)

Acórdão n.º 758/95, L. N. Almeida (participação pessoal em assembleia geral)

Acórdão n.º 956/96, M. Diniz (efeito preclusivo automático de não pagamento de taxa)

Acórdão n.º 1182/96, S. Brito (violação do acesso à justiça)

Acórdão n.º 113/97, B. Serra (liberdade de imprensa e direito ao bom nome e à reputação)

Acórdão n.º 274/98, R. Mendes (crime de desobediência)

Acórdão n.º 288/98, L. N. Almeida (referendo sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez)

Acórdão n.º 644/98, B. Serra (superação de caso julgado)

Acórdão n.º 108/99, M. Bento (crime de insubordinação por ameaças)

Acórdão n.º 254/99, S. Brito (recusa de acesso a documentos administrativos)

Acórdão n.º 176/00, B. Serra (sanção de perda do veículo)

Acórdão n.º 202/00, P. M. Pinto (crimes de caça)

Acórdão n.º 205/00, M. P. P. Beleza (acessão como modo de aquisição da propriedade)

Acórdão n.º 263/00, B. Serra (realização e proteção do direito à habitação)

Acórdão n.º 484/00, P. M. Pinto (indeferimento tácito)

Acórdão n.º 532/00, S. Brito (endividamento líquido regional)

Acórdão n.º 187/01, P. M. Pinto (propriedade das farmácias**)

Acórdão n.º 200/01, P. M. Pinto (emolumentos)

Acórdão n.º 302/01, H. Brito (subarrendamento)

Acórdão n.º 309/01, A. Maurício (estatuto das IPSS)

Acórdão n.º 65/02, M. P. P. Beleza (poderes dos governos de gestão) Acórdão n.º 99/02, L. N. Almeida (punição criminal da exploração de jogo ilegal)

Acórdão n.º 254/02, H. Brito (competências do Conselho de Opinião da RTP)

Acórdão n.º 275/02, P. M. Pinto (compensação por danos não patrimoniais) Acórdão n.º 391/02, F. Palma (Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência)

Acórdão n.º 474/02, B. Serra (inconstitucionalidade por omissão parcial do cumprimento de dever de legislar)

Acórdão n.º 491/02, P.M. Pinto (aquisição potestativa de ações)

Acórdão n.º 20/03, F. Palma (taxas municipais)

Acórdão n.º 594/03, H. Brito (direito de retenção do promitente comprador)

Acórdão n.º 88/04, G. Galvão (pensão de sobrevivência em caso de união de facto)

Acórdão n.º 486/04, P. M. Pinto (restrição à ação de investigação da paternidade e da maternidade)

Acórdão n.º 96/05, P. M. Pinto (remuneração de eleitos locais)

Acórdão n.º 376/05, B. Rodrigues (subvenções aos partidos)

Acórdão n.º 03/06, M. Torres (intangibilidade de caso julgado em processo penal)

Acórdão n.º 23/06, P. M. Pinto (restrição à ação de investigação da paternidade e da maternidade, abstrato)

Acórdão n.º 302/06, V. Gomes (pensões de aposentação)

Acórdão n.º 646/06, B. Serra, (admissão exclusiva de prova documental)

Acórdão n.º 681/06, P. M. Pinto (impossibilidade de prova testemunhal)

Acórdão n.º 67/07, F. Palma (exigência de cartão de utente do SNS para acesso às prestações*)

Acórdão n.º 157/07, M. Torres (exclusão da prova testemunhal)

Acórdão n.º 159/07, H. Brito (remição da propriedade a favor do rendeiro)

Acórdão n.º 530/07, A. G. Martins (decisão sumária quanto a questões simples)

Acórdão n.º 609/07, B. Soeiro (impugnação da paternidade presumida)

Acórdão n.º 423/08, A. G. Martins (proibição de fumar)

Acórdão n.º 512/08, C. Cadilha (exigência de cartão de utente do SNS para acesso às prestações**)

Acórdão n.º 632/08, L. Amaral (duração do período experimental)

Acórdão n.º 128/09, L. Amaral (revogação de isenção de sisa)

Acórdão n.º 173/09, J. S. Ribeiro (inabilitação de administradores de sociedades insolventes)

Acórdão n.º 188/09, C. F. Cadilha (cálculo de pensões)

Acórdão n.º 221/09, C. F. Cadilha (cartão de utente SNS)

Acórdão n.º 357/09, B. Rodrigues (não reconhecimento de indemnização por dano infligido em nascituro)

Acórdão n.º 596/09, B. Rodrigues (responsabilidade de concessionárias de autoestradas, ónus de prova)

Acórdão n.º 651/09, L. Amaral (direito à pensão de sobrevivência em situações de união de facto)

Acórdão n.º 20/10, L. Amaral (contagem de prazos)

Acórdão n.º 75/10, Sousa Ribeiro (interrupção voluntária da gravidez)

Acórdão n.º 119/10, C. S. Castro (auditorias sobre ONGA)

Acórdão n.º 135/2010, C. F. Cadilha (prescrição de dívida de IRC)

Acórdão n.º 154/10, L. Amaral (regime laboral dos trabalhadores que exercem funções públicas)

Acórdão n.º 166/10, L. Amaral (dispensa de audição dos credores providos com garantia real)

Acórdão n.º 269/10, V. Gomes (revogação de sanção contraordenacional aplicável a empregadores)

Acórdão n.º 95/11, A. G. Martins (crime de condução em estado de embriaguez)

Acórdão n.º 163/11, A. G. Martins (condição para a realização de audiência de julgamento de recurso)

Acórdão n.º 286/11, C. P. Oliveira (efeito suspensivo de licenças ou autorizações)

Acórdão n.º 396/11, Joaquim Sousa Ribeiro (orçamento de Estado de 2011)

Acórdão n.º 612/11, C. S. Castro (imposição às entidades do sector social de constituição de sociedades comerciais para acesso à propriedade das farmácias)

Acórdão n.º 353/12, J. C. Mariano (orçamento de Estado de 2012)

Acórdão n.º 2/13, M. J. R. Mesquita (acesso a documentos administrativos)

Acórdão n.º 187/13, C. F. Cadilha (orçamento de Estado de 2013)

Acórdão n.º 313/13, P. Machete (coimas pela não disponibilização de livro de reclamações)

Acórdão n.º 314/13, F. Ventura (remição de pensão anual vitalícia)

Acórdão n.º 340/13, J. C. Mariano (direito de não contribuir para a sua própria incriminação)

Acórdão n.º 341/13, J. C. Mariano (acumulação de penas de prisão)

Acórdão n.º 418/13, C. S. Castro (recolha de sangue de condutor inconsciente)

Acórdão n.º 421/13, C. F. Cadilha (custas judiciais em caso de desistência)

Acórdão n.º 474/13, F. Ventura (cessação de vínculo contratual de emprego público)

Acórdão n.º 475/13, C. Cadilha (proteção do património cultural e propaganda política)

Acórdão n.º 794/13, P. Machete (período normal de trabalho em funções públicas)

Acórdão n.º 862/13, Lino Ribeiro (redução de pensões)

Acórdão n.º 413/14, C. F. Cadilha (orçamento de Estado de 2014)

Acórdão n.º 574/14, J. P. Caupers (mecanismos das reduções remuneratórias temporárias e condições da sua reversão)

Acórdão n.º 575/14, C. F. Cadilha (contribuição para a sustentabilidade das pensões)

Acórdão n.º 846/14, L. Amaral (taxas de postos de combustível*)

Acórdão n.º 858/14, C. F. Cadilha (sanção disciplinar de perda da pensão)

Acórdão n.º 90/15, M.J.R. Mesquita (taxas de postos de combustível**)

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

1. A idade da proporcionalidade	15
1.1. A proporcionalidade como reação ao formalismo dedutivista.....	15
1.2. O paradoxo	17
1.3. A urgência da síntese	23
1.4. Consciência das origens	26
1.5. O irresistível processo de enriquecimento, ramificação e aplicação geral	27
2. A aplicabilidade à atividade do legislador	29
3. O léxico	35
3.1. Harmonização	36
3.2. Proporcionalidade ou proibição do excesso?	37
3.2.1. Orientações aglutinadoras	37
3.2.2. Orientações diferenciadoras	39
3.2.2.1. Proibição do excesso como conceito mais amplo	40
3.2.2.2. Proporcionalidade como conceito mais amplo	41
3.2.3. Terminologia adotada	42
3.2.3.1. Proporcionalidade clássica ou princípio clássico da proporcionalidade	42
3.2.3.2. Proporcionalidade moderna ou princípio moderno da proporcionalidade	43
3.2.3.3. Proporcionalidade quantitativa	44
3.2.3.4. Princípio da proporcionalidade	44
3.2.3.5. Proporcionalidade em sentido estrito	44
3.3. Segmentos da proibição do excesso	44

3.3.1. Questão prévia: dois, três, quatro ou cinco?.....	45
3.3.2. Variantes	49
3.4. Avaliação, qualificação, valoração, ponderação, contrapeso	52
3.4.1. Avaliação	52
3.4.2. Qualificação	53
3.4.3. Valoração, ponderação, contrapeso,.....	53
3.5. Fim, meio, efeitos.....	54
3.6. Norma de ação e/ou norma de controlo	55
3.7. Regra, princípio ou <i>tertio genus</i> ?	58
4. Apontamento epistemológico, metodológico.....	59

Um

A “DESCOBERTA” E IMPLANTAÇÃO DO PRINCÍPIO AO NÍVEL GLOBAL

1. As ideias de adequação, necessidade, proporcionalidade e ponderação alicerçadas em preocupações não garantísticas.....	63
2. Da intuição de proporção ou de necessidade até ao princípio da proibição do excesso	66
2.1. Primeiro espaço de difusão – Direitos nacionais da Europa central.....	71
2.1.1. Alemanha	71
2.1.2. Suíça	84
2.2. Segundo espaço de difusão.....	85
2.2.1. Os rendidos	85
2.2.1.1. Canadá	86
2.2.1.2. África do Sul	90
2.2.1.3. Brasil	92
2.2.1.4. Israel.....	93
2.2.2. Os renitentes.....	94
2.2.2.1. França	94
2.2.2.1.1. A progressiva instalação do princípio da proporcionalidade.....	94

2.2.2.1.2. O <i>bilan coût-avantages</i>	96
2.2.2.2. Itália.....	98
2.2.2.3. Reino Unido.....	99

Dois

O DESENVOLVIMENTO NO ESPAÇO EUROPEU

1. A proibição do excesso em rede	103
2. A Comunidade/União Europeia.....	105
2.1. Da prática jurisprudencial aos Tratados	105
2.1.1. A prática jurisprudencial	105
2.1.1.1. Atos comunitários interferentes em direitos	105
2.1.1.2. Atos das autoridades dos Estados membros.....	107
2.1.2. Incorporação nos tratados	107
2.2. Princípio da proporcionalidade e princípio da subsidiariedade.....	108
2.3. Os domínios de aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito europeu.....	109
2.3.1. Atos das instituições da União	109
2.3.2. Atos dos Estados-membros	112
2.4. Um ou vários princípios da proporcionalidade?	114
2.5. A intensidade de controlo	117
2.6. A articulação entre o princípio da proporcionalidade de direito europeu e o princípio da proibição do excesso de direito interno.....	118
3. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem	119
3.1. A origem pretoriana	119
3.2. Traços essenciais do modelo convencional de proporcionalidade....	123
3.3. A articulação entre o princípio convencional da proporcionalidade e o princípio da proibição do excesso de direito interno.....	128

OS TESTES GERADOS PELO “CASE LAW” NORTE-AMERICANO

1. <i>American exceptionalism</i>	131
2. O fim do <i>excepcionalism</i> ?	139
3. <i>Balancing</i>	143
3.1. O rasto histórico	143
3.2. Distinção entre <i>balancing</i> e categorização	147
3.3. O elogio e a crítica	150
3.3.1. O elogio	150
3.3.2. A crítica	151
3.3.2.1. Críticas internas	152
3.3.2.2. Críticas externas	153
3.3.2.3. Avaliação das críticas	154
4. Os três níveis de escrutínio	156
4.1. A formação dos três níveis de escrutínio	156
4.2. Estrutura e funções	164
4.3. <i>Rational basis</i>	167
4.4. <i>Strict scrutiny</i>	169
4.4.1. Caracterização geral e âmbito de aplicação	169
4.4.2. As várias versões do <i>strict scrutiny</i>	171
4.4.3. Estrutura e metódica de aplicação	175
4.4.3.1. O direito fundamental afetado	176
4.4.3.2. Determinação da aplicabilidade do <i>strict scrutiny</i>	176
4.4.3.3. Determinação e apreciação do <i>compelling state interest</i>	177
4.4.3.4. Necessidade ou <i>narrow tailoring</i>	179
4.4.3.4.1. Avanço na prossecução do interesse	181
4.4.3.4.2. <i>The least restrictive alternative</i>	181
4.4.3.4.3. Proibição de <i>underinclusiveness</i>	182
4.4.3.4.4. Proibição de <i>overinclusiveness</i>	183

4.5. <i>Intermediate scrutiny</i>	187
5. A proporcionalidade na América (<i>Constitutional Law in the age of proportionality</i>)?	195

Quatro

O DESPERTAR DA DOUTRINA PORTUGUESA PARA O PRINCÍPIO (ATÉ AO VIRAR DO SÉCULO XX)

1. Até ao final da década de 1970	209
1.1. Marcello Caetano	210
1.2. Afonso Queiró e Barbosa de Melo	210
1.3. Vital Moreira	211
1.4. Gomes Canotilho	211
1.5. Afonso Queiró	212
1.6. Vieira de Andrade	213
1.7. Marcelo Rebelo de Sousa	214
1.8. Gomes Canotilho e Vital Moreira	214
1.9. José de Sousa Brito	214
1.10. Jorge Miranda	215
2. A consolidação do princípio na doutrina portuguesa (a partir da década de 1980, até ao virar do século)	216
3. O "caderno de encargos" para a doutrina	229

Cinco

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Enquadramento geral	233
2. A formação histórica da jurisprudência sobre a proibição do excesso	235
2.1. Os primeiros acórdãos	235

2.2. Os acórdãos estruturantes.....	238
2.2.1. O acórdão n.º 103/87, sobre restrições aos direitos de pessoal da PSP.....	238
2.2.2. O acórdão n.º 634/93, sobre criminalização de conduta de embarcadico	241
2.2.3. O acórdão n.º 187/01, segundo acórdão sobre a restrição da propriedade das farmácias	244
2.2.4. O acórdão n.º 632/08, sobre duração do período experimental.....	249
2.3. Os acórdãos da jurisprudência da crise (2011-2014).....	253
2.3.1. A proibição do excesso na crise.....	254
2.3.2. A igualdade proporcional na crise	257
2.3.2.1. Acórdão n.º 396/11.....	257
2.3.2.2. Acórdão n.º 353/12.....	258
2.3.2.3. Acórdão n.º 187/13.....	261
2.3.2.4. A "fuga" à igualdade (proporcional, ou outra) no acórdão n.º 862/13.....	263
2.3.3. A proteção da confiança na crise	264
2.3.4. A razoabilidade na crise	265
3. O fundamento, a estrutura, a terminologia e o conteúdo, o âmbito de aplicação e a aplicação da proibição do excesso	265
3.1. Fundamento.....	267
3.2. Estrutura, terminologia e conteúdo	268
3.2.1. A versão comum da proporcionalidade	268
3.2.2. Versão necessidade e proporcionalidade.....	272
3.2.3. Versão reduzida.....	273
3.2.4. Versão longa.....	274
3.2.5. Versão extralonga	275
3.2.6. Dupla (des)proporcionalidade	275
3.3. Âmbito de aplicação	277
3.3.1. Atividades	278
3.3.2. Colisões	280

3.3.2.1. Colisões entre bens, interesses ou valores que o legislador tem permissão para prosseguir e bens, interesses ou valores tutelados através de normas que estabelecem deveres constitucionais <i>prima facie</i> de abstenção de interferência	281
3.3.2.1.1. Bens, interesses ou valores públicos e direitos, liberdades e garantias.....	281
3.3.2.1.2. Bens, interesses ou valores públicos conjugados com direitos, liberdades e garantias e outros direitos, liberdades e garantias.....	282
3.3.2.2. Colisões entre bens, interesses ou valores tutelados por normas constitucionais que estabelecem deveres positivos, ou positivos e negativos, do legislador.....	284
3.3.2.2.1. Colisões entre bens, interesses ou valores tutelados por normas que estabelecem deveres de proteção e bens, interesses ou valores tutelados por deveres de abstenção.....	284
3.3.2.2.2. Colisões entre bens, interesses ou valores cujo exercício implica o cumprimento pelo legislador de dever de produção de normas sobre processo, procedimento, organização e financiamento e outros bens, interesses ou valores	286
3.3.2.2.3. Colisões entre direitos sociais e outros bens, interesses ou valores.....	287
3.3.2.2.3.1. Direitos sociais e bens, interesses ou valores públicos	287
3.3.2.2.3.2. Direitos sociais e outros bens, interesses ou valores titulados por terceiros	288
3.3.2.2.3.2.1. Direitos sociais de uma classe e direitos, liberdades e garantias de outra classe de particulares.....	288

3.3.2.2.3.2.2. Direitos sociais de uma classe e direitos sociais de outra classe de particulares.....	289
3.3.2.3. Colisões entre bens, interesses ou valores públicos ou coletivos tutelados por uma norma constitucional de comando e bens, interesses ou valores subjetivos sem natureza de direito fundamental.....	289
3.3.2.4. Colisões entre bens, interesses ou valores cuja tutela é <i>autorizada</i> ao legislador, sem que em relação a qualquer deles exista um dever positivo ou negativo específico deste	290
3.3.2.4.1. Colisões de bens, interesses ou valores públicos não tutelados por nenhuma norma constitucional de comando	290
3.3.2.4.2. Colisões de bens, interesses ou valores subjetivados sem natureza de direito fundamental	292
3.3.2.4.3. Colisões de bens, interesses ou valores subjetivados sem natureza de direito fundamental, associados a bens, interesses ou valores públicos que o legislador está autorizado a prosseguir	292
3.3.2.5. Colisões entre direitos e interesses de uma mesma pessoa.....	294
3.4. Aplicação dos pressupostos e dos segmentos.....	295
3.4.1. Rara autonomização e apreciação da legitimidade do fim.....	297
3.4.2. Raras situações de declaração de inadequação	300
3.4.3. Hipertrofia do segmento da necessidade	301
3.4.4. A incomodidade (?) na avaliação da proporcionalidade e.s.e.	307
3.4.4.1. Não avaliação	308
3.4.4.2. Fuga ao reconhecimento de que se pondera	308
3.4.4.3. Ponderação sem alicerces seguros.....	309
3.4.4.4. Tendência para a não declaração da violação da proporcionalidade e.s.e.	310

3.4.4.5. Raras situações de ponderação e de conclusão pela violação da proporcionalidade e.s.e.	312
3.4.4.6. Oscilação sobre o que se pondera.....	313
4. Extensão e alcance dos poderes do Tribunal	314
4.1. Os poderes do Tribunal perante o legislador	314
4.2. O grau de prova e de convicção exigíveis.....	317
5. Confrontação com figuras afins	319
5.1. Proibição do defeito.....	319
5.1.1. O tratamento anterior a 2010 das situações em que o legislador está sujeito a deveres de ação positiva	320
5.1.1.1. Situações em que o legislador está simultaneamente adstrito a deveres de proteção e de abstenção	320
5.1.1.1.1. Acórdão n.º 25/84.....	320
5.1.1.1.2. Acórdão n.º 13/95.....	321
5.1.1.1.3. Acórdão n.º 288/98	322
5.1.1.1.4. Acórdão n.º 486/04	324
5.1.1.1.5. Acórdão n.º 632/08	327
5.1.1.2. Situações em que o legislador está adstrito a deveres de produção de normas sobre processo, procedimento, organização e financiamento	336
5.1.1.2.1. Acórdão n.º 254/99	336
5.1.1.2.2. Acórdão n.º 20/10.....	339
5.1.1.3. Síntese do padrão de comportamento do Tribunal no julgamento de normas emitidas em situações em que o legislador está simultaneamente adstrito a deveres de proteção e de abstenção e em situações em que o legislador está adstrito a deveres de produção de normas sobre processo, procedimento, organização e financiamento.....	340
5.1.1.4. Situações em que o legislador está adstrito a deveres de materialização ou de não interferência em direitos sociais	342
5.1.1.4.1. Acórdão n.º 88/04.....	343
5.1.1.4.2. Acórdãos n.º 67/07, 512/08 e 221/09	343

5.1.1.4.3. Acórdão n.º 612/11	344
5.1.1.5. As insuficiências e cautelas da aplicação da proibição do excesso em situações de deveres de materialização de direitos sociais	345
5.1.2. A necessidade de clarificação e refinamento analítico dos vários parâmetros de controlo.....	348
5.1.3. A receção formal da proibição do defeito.....	348
5.2. Proibição do desequilíbrio global manifesto	353
5.2.1. Acórdão n.º 99/88	354
5.2.2. Acórdão n.º 594/03	356
5.2.3. Acórdão n.º 314/13	356
5.3. Necessidade da lei penal.....	357
5.4. Igualdade	361
5.5. Razoabilidade.....	361
5.6. Proporcionalidade quantitativa.....	364
5.7. Irredutibilidade do conteúdo essencial do direito	368
5.8. Proteção da confiança.....	368

Seis

FUNDAMENTO

1. As propostas doutrinárias e jurisprudenciais	371
1.1. A fundamentação na ideia de justiça.....	373
1.2. A fundamentação no princípio da igualdade	373
1.3. A fundamentação na racionalidade/proibição do arbítrio	374
1.4. A fundamentação na democracia	374
1.5. A fundamentação na dignidade da pessoa e nos direitos fundamentais.....	375
1.5.1. A fundamentação na dignidade da pessoa humana	375
1.5.2. A fundamentação na proteção do núcleo essencial dos direitos.....	376

1.5.3. A fundamentação no conteúdo, significado , vinculatividade ou estrutura dos direitos fundamentais	378
1.6. A fundamentação na estrutura das normas-princípio	379
1.6.1. Os princípios são comandos de otimização	379
1.6.2. Em caso de colisão entre princípios, deve estabelecer-se uma relação de precedência condicionada	381
1.6.3. A relação de precedência condicionada deve corresponder à solução ótima exigida pelos princípios como comandos de otimização	383
1.6.4. Solução ótima é a que respeita e corresponde à aplicação do princípio da proporcionalidade	384
1.6.5. Avaliação crítica sumária	387
1.7. A fundamentação no princípio do Estado de direito	387
1.7.1. O Estado de direito liberal e o princípio da proporcionalidade	389
1.7.2. A conceção material de Estado de direito e o princípio da proporcionalidade	390
2. Fundamento no sentido geral do ordenamento de constituição <i>prima facie</i>	394
3. O comando de harmonização como alicerce normativo da proporcionalidade moderna	402
3.1. Noção de comando de harmonização	402
3.2. Destinatários do comando de harmonização	403
3.3. Modo de positivação do comando de harmonização	404
3.4. Os comandos de harmonização na Constituição portuguesa	405
3.4.1. O comando de harmonização genérico do artigo 18.º, n.º 2	405
3.4.2. Os comandos de harmonização com indicação do instrumento de harmonização dos artigos 19.º, n.º 4 e 266.º, n.º 2	408
3.4.2.1. Artigo 19.º, n.º 4	408
3.4.2.2. Artigo 266.º, n.º 2	409
3.4.3. O comando de harmonização com indicação implícita do instrumento de harmonização do artigo 272.º, n.º 2	409
3.4.4. Comando de harmonização apenas implícito	410
3.4.5. Comando de harmonização e conceitos indeterminados	411

3.5. Autorização de harmonização?	412
---	-----

Sete

OS PRESSUPOSTOS DA APLICABILIDADE DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO EM GERAL

Os pressupostos da aplicabilidade da proibição do excesso em geral	415
--	-----

Oito

CONFORMAÇÃO DO FIM

1. A conformação do fim como pressuposto de aplicação da proibição do excesso	421
1.1. Conformação do fim: pressuposto e não segmento	421
1.2. Fim e meio	424
1.3. Fim imediato e mediato	429
1.4. O cariz pré-estruturante da fixação do fim.....	430
1.5. Fins múltiplos	431
1.6. Bens, interesses ou valores.....	432
1.7. Limites externos e internos à conformação do fim	435
2. Limites externos à conformação do fim	436
2.1. Legitimidade do fim.....	436
2.1.1. Determinabilidade e consistência	437
2.1.2. Validade	440
2.1.2.1. Fins imediatos proibidos, prescritos ou permitidos	441
2.1.2.1.1. Intervenções proibidas de forma absoluta ...	444
2.1.2.1.1.1. Intervenções que atingem os fundamentos do Estado ou que promovem bens,	

interesses ou valores cuja promoção caia fora das atribuições do Estado.....	445
2.1.2.1.1.2. Intervenções que representam interferências em direitos absolutos	446
2.1.2.1.1.3. Intervenções que suprimem ou reduzem limites internos de direitos, constitucionalmente previstos	447
2.1.2.1.2. Intervenções proibidas <i>prima facie</i>	447
2.1.2.1.2.1. Intervenções de promoção do bem individual a que se associa a promoção colateral de interesses públicos.....	448
2.1.2.1.2.2. Promoção de bens, interesses ou valores de "tradição, convenção ou preferência"	449
2.1.2.1.2.3. Interferência em direitos, liberdades e garantias	450
2.1.2.1.3. Intervenções prescritas <i>prima facie</i>	450
2.1.2.1.4. Intervenções permitidas <i>prima facie</i>	453
2.1.2.1.4.1. Intervenções permitidas <i>prima facie</i> com direta cobertura constitucional.....	453
2.1.2.1.4.2. Intervenções permitidas <i>prima facie</i> sem direta cobertura constitucional	454
2.1.2.2. Fins imediatos de satisfação de bens, interesses e valores públicos ou de posições jurídicas subjetivas	455
2.2. Peso ou importância abstrata	455
2.2.1. A controvérsia da diferenciação da importância abstrata ..	455
2.2.2. Peso ou importância de quê?.....	459
2.2.3. Critérios para a definição do peso ou importância abstrata	459
2.2.4. O peso ou importância abstrata tem carácter absoluto ou relativo?	460
2.2.5. Carácter <i>prima facie</i> ou definitivo?	463
2.2.6. Síntese da orientação adotada	463

2.2.7. Quem e como determina o peso ou importância abstrata?	465
3. Limites internos à conformação do fim	466
3.1. A necessidade da realização do fim	468
3.2. A importância da realização do fim nas circunstâncias concretas.....	469
3.3. A intensidade desejada de satisfação do fim	471
3.4. A relação entre o fim e os bens, interesses ou valores indiciariamente sacrificáveis.....	471

Nove

A INTERFERÊNCIA EM BENS, INTERESSES OU VALORES

1. Intervenção, interferência	475
1.1. Intervenção	475
1.2. Interferência	476
2. A "fuga" ao conceito de restrição	479
2.1. O lastro histórico	479
2.2. As vias de fuga ao conceito e ao regime da restrição de direitos.....	482
2.2.1. A interpretação restritiva do âmbito de proteção da norma de direitos	484
2.2.2. A aplicação da teoria dos limites imanescentes	486
2.2.3. A distinção entre resolução de colisões de direitos e restrição de direitos	489
2.2.4. A distinção entre limite ao exercício de direitos e restrição de direitos	492
2.2.5. A exclusão da aplicabilidade do conceito de restrição em certos domínios.....	493
2.3. As vias alternativas à fuga ao conceito e ao regime da restrição de direitos	493
2.3.1. A reação crítica da doutrina mais recente.....	494

2.3.2. Crítica quer às concepções restritivas, quer às ilimitadamente alargadas, do âmbito de proteção dos direitos; adesão a uma concepção tendencialmente alargada.....	498
2.3.3. Crítica à teoria dos limites imanentes	503
2.3.4. Crítica à construção das leis harmonizadoras	505
2.3.5. Crítica à distinção entre <i>restrições</i> ao conteúdo e <i>limites</i> ao exercício, adesão a um conceito de restrições ao conteúdo ou ao exercício	507
2.3.6. Crítica à exclusão da aplicabilidade do conceito de restrição em certos domínios	512
3. O conceito lato de restrição de direitos.....	512
3.1. Conceito amplo de intervenção legislativa restritiva	513
3.2. Intervenções legislativas sem carácter restritivo.....	517
3.3. Cláusula geral de restrições.....	519
3.4. Aplicação plena do regime das restrições, na parte em que não tenha sido derogado pela prática constitucional.....	522
3.5. Modulação da aplicação da proibição do excesso consoante o tipo de restrição.....	523
4. Conclusão: a interferência como pressuposto de aplicabilidade da proibição do excesso	524

Dez

NÃO DIMINUIÇÃO DA EXTENSÃO E ALCANCE DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

1. A garantia do conteúdo essencial no artigo 18.º, n.º 3, da Constituição	527
1.1. Correntes objetivistas e subjetivistas do conteúdo essencial	528
1.2. Correntes absolutas e relativas do conteúdo essencial	530
1.3. A desvalorização da garantia do conteúdo essencial	531
1.4. Posição adotada	532

1.4.1. Face à Constituição, é possível e necessário distinguir entre proibição do excesso e garantia do conteúdo essencial	533
1.4.2. A força normativa da Constituição acalenta a ideia de um conteúdo essencial absoluto e irreduzível	536
1.4.3. A interpretação é um instrumento suficientemente potente para delimitar coroas ou níveis de proteção no interior do âmbito ideal de proteção do direito.....	536
1.4.4. Nada impõe que haja um único critério material delimitador do conteúdo essencial garantido	539
1.4.5. Nada impõe que em relação a todos os direitos seja identificado um conteúdo essencial absolutamente garantido	542
1.4.6. O conteúdo essencial pode evoluir historicamente.....	543
1.4.7. A coroa tutelada apenas idealmente ou <i>prima facie</i> não está ilimitadamente ao dispor do legislador, sendo protegida pela proibição do excesso	544
1.4.8. Não existe nenhum impedimento, teórico ou de outra ordem, a que a aplicação de uma mesma norma se processe parcialmente através de subsunção, parcialmente através de ponderação	544
2. As colisões de bens, interesses ou valores garantidos de forma absoluta	545
2.1. Conteúdo essencial (absoluto) e direitos absolutos	545
2.1.1. Um único bem, interesse ou valor absoluto	547
2.1.2. Os direitos só são absolutos na sua função de defesa.....	550
2.1.3. Conclusão	553
2.2. Aplicação à colisão entre núcleo essencial de direito de defesa e deveres de proteção.....	554

Onze

NÃO PROIBIÇÃO CATEGÓRICA DO MEIO

Não proibição categórica do meio	557
--	-----

Doze

COLISÃO NORMATIVA, EM ESPECIAL DE BENS, INTERESSES OU VALORES

1. Noção geral de colisão normativa.....	567
2. Tipos de colisões	572
3. A resolução das colisões	575
4. Colisões de bens, interesses ou valores.....	577
4.1. Tese restritiva	578
4.2. Tese ampliativa	580
5. Posição adotada	583

Treze

COLISÃO DE DIFERENTES POSIÇÕES DO LEGISLADOR

1. Insuficiência do critério do tipo de colisão de bens, interesses ou valores.....	589
2. A identificação dos instrumentos de harmonização aplicáveis de acordo com o critério do tipo de colisão de posições jurídicas do legislador tendo em conta a estrutura deôntica das normas que definem a sua conduta	591
3. Especificação das colisões a que se aplica a proibição do excesso, tendo em conta a posição do legislador perante a colisão e os bens, interesses ou valores em causa	594
4. Conclusão sobre os pressupostos de aplicabilidade.....	599

Catorze

ESTRUTURA E FUNÇÕES DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO COMO NORMA DE AÇÃO

1. Estrutura.....	603
1.1. As limitações à adoção de um modelo cumulativo	603
1.2. Cadeia de racionalidade, possível ausência de solidariedade interna	607
2. Funções	608

Quinze

ADEQUAÇÃO

1. Adequação como relação empírica causa/efeito	613
1.1. O juízo de adequação como juízo assente em apreciações empíricas	613
1.2. Adequação como norma de ação e norma de controlo	614
1.2.1. Adequação como norma de ação	614
1.2.2. Adequação como norma de controlo	615
1.3. A adequação em caso de pluralidade de fins	616
1.4. Adequação e ótimo de Pareto	616
2. A densificação material da adequação.....	618
2.1. Identificação precisa dos bens, interesses ou valores ativos e passivos	618
2.2. Capacidade intrínseca do meio para atingir o fim visado.....	618
2.2.1. Recorte negativo, recorte positivo	618
2.2.2. Recorte qualitativo ou quantitativo?.....	619
2.2.2.1. Intensidades de satisfação e de interferência	620
2.2.2.2. Graus de eficiência	621
2.3. Margem de escolha do autor do ato	623

2.3.1. Os casos de único meio adequado	623
2.3.2. Os casos de pluralidade de meios adequados.....	624
2.3.2.1. Função básica do princípio da proibição do excesso	625
2.3.2.2. Margem de livre conformação do legislador	626
2.3.2.3. Especial dignidade dos bens, interesses ou valores sacrificados	627
2.3.2.4. A exigência de eficiência mínima e as funções da adequação.....	629
2.4. Estatuto epistémico das decisões do legislador	630
2.4.1. O risco epistémico	630
2.4.2. A excecionalidade da certeza absoluta.....	633
2.4.3. O acesso à certeza relativa ou razoável.....	633
2.4.4. As incertezas epistémicas.....	634
2.4.5. Conclusão sobre estatutos epistémicos das decisões.....	637
3. Autonomia do segmento da adequação em relação ao segmento da necessidade?	639
3.1. Juízo amplo de adequação e "pequena adequação"	639
3.1.1. Os juízos amplo e de "pequena adequação" e o legislador.....	640
3.1.2. A "pequena adequação" e a atividade de controlo.....	641
3.2. Demonstração da autonomia lógica e concetual da adequação	641
4. Conclusão sobre as funções do segmento da adequação.....	643

Dezasseis

NECESSIDADE

1. Necessidade como comparação entre meios referidos a um fim	647
1.1. A centralidade da necessidade	647
1.2. Necessidade <i>interna</i> versus necessidade <i>externa</i>	648
1.3. O centro de gravidade da metódica da necessidade	649
2. Quem compara	650

2.1. A perspectiva do legislador	650
2.2. A perspectiva do juiz constitucional	652
3. Como se compara	653
4. O que se compara	655
4.1. Objeto imediato da comparação: intensidades dos efeitos de interferência e de satisfação	655
4.1.1. Operações intelectuais para aferição e comparação das intensidades de interferência e de satisfação	655
4.1.2. Graduação e comparação da intensidade de interferência	656
4.1.3. Graduação e comparação da intensidade de satisfação	658
4.1.4. Correlatividade entre intensidades de satisfação e de interferência	658
4.1.5. Efeitos jurídicos e materiais colaterais	659
4.2. Objeto mediato da comparação: alternativas disponíveis de meios	659
4.2.1. Os requisitos das alternativas disponíveis	660
4.2.1.1. Conhecidas e determináveis	660
4.2.1.2. Adequadas	660
4.2.1.3. Com intensidade de satisfação pelo menos equivalente	662
4.2.1.4. Não abrangidas por uma proibição absoluta do meio	662
4.2.1.5. Financeiramente sustentáveis	663
4.2.1.5.1. Fator financeiro como limite interno ou como limite externo	663
4.2.1.5.1.1. Fator financeiro como limite interno	664
4.2.1.5.1.2. Fator financeiro como limite externo	665
4.2.1.5.1.3. Vantagem da consideração do fator financeiro como limite interno	665
4.2.1.5.2. Exclusão de alternativas que envolvam o emprego de meios exorbitantes	666

4.2.1.5.3. Não exigência de neutralidade financeira	666
4.2.1.5.4. Vias para a consideração do fator financeiro na metódica da necessidade.....	668
4.2.1.5.4.1. Consideração separada.....	668
4.2.1.5.4.2. Consideração agregativa.....	670
4.2.1.5.4.3. Indiferença da opção pela consideração separada ou agregativa	671
4.2.1.5.5. Limites ao poder do juiz constitucional...	671
4.2.1.6. Comparáveis.....	672
4.2.1.6.1. Em especial: concepções restritivas e concepções ampliativas da comparação	672
4.2.1.6.1.1. Concepções restritivas	672
4.2.1.6.1.1.1. Conceção restritiva de índole subjetivista	673
4.2.1.6.1.1.2. Conceção restritiva de índole objetivista	674
4.2.1.6.1.1.3. Combinação de concepções restritivas subjetivistas e objetivistas	675
4.2.1.6.1.2. Concepções ampliativas.....	675
4.2.1.6.1.3. Adoção de posição intermédia, não excludente de variações limitadas, subjetivas e objetivas.....	675
4.2.1.6.1.4. As críticas às ponderações comparativas no contexto da necessidade.....	680
4.2.1.6.1.4.1. Inexequibilidade resultante da incomensurabilidade	680
4.2.1.6.1.4.2. Adulteração estrutural do segmento da necessidade.....	681
4.2.1.6.1.4.3. Abertura a maior intrusão na liberdade de conformação do legislador	683

4.2.1.6.1.5. As situações de disjuntividade e de complementaridade.....	684
4.2.1.6.1.5.1. Disjuntividade	684
4.2.1.6.1.5.2. Complementaridade.....	684
5. Os critérios de aplicação dos indicadores de intensidade.....	685
6. Exigibilidade de um juízo de proporcionalidade e.s.e. das alternativas?	687
7. Os objetivos e os resultados possíveis da comparação	687
7.1. A questão da única resposta válida (elegível)	688
7.2. Todos ou alguns indicadores?	690
7.3. A (ir)relevância das diferenças mínimas.....	690
7.4. O grau de (in)certeza dos resultados.....	691
7.4.1. Todas as alternativas disponíveis são objeto de certeza (absoluta ou relativa).....	693
7.4.2. Algumas das alternativas disponíveis são objeto de certeza empírica e normativa (absoluta ou relativa), enquanto outra ou outras são objeto de incerteza epistémica parcial positiva.....	699
7.4.2.1. Variantes da hipótese 1	703
7.4.2.2. Variantes da hipótese 2	704
7.4.2.3. Variantes da hipótese 3	705
7.4.2.4. Variantes da hipótese 4	707
7.4.2.5. Variantes da hipótese 5	708
7.4.2.6. Variantes da hipótese 6	710
7.4.2.7. Variantes da hipótese 7	711
7.4.2.8. Variantes da hipótese 8	713
7.4.2.9. Variantes da hipótese 9	714
7.4.3. Incerteza sobre todas as alternativas disponíveis e elegíveis	715
8. As modalidades da necessidade	716
8.1. Modalidade lata.....	717
8.1.1. O domínio de indiferença.....	717
8.1.1.1. Indiferença absoluta	718
8.1.1.2. Indiferença relativa	718
8.1.2. O domínio de imposição.....	719

8.1.2.1. Domínio de imposição positiva.....	720
8.1.2.1.1. Preeminência absoluta	720
8.1.2.1.2. Preeminência relativa.....	720
8.1.2.2. Domínio de exclusão ou imposição negativa.....	721
8.1.2.2.1. Exclusão absoluta	721
8.1.2.2.2. Exclusão relativa.....	721
8.2. Modalidade estrita	722
8.2.1. Domínio de imposição positiva	723
8.2.1.1. Preeminência absoluta.....	723
8.2.1.2. Preeminência relativa	723
8.2.2. Domínio de exclusão ou de imposição negativa	724
8.2.2.1. Exclusão absoluta.....	724
8.2.2.2. Exclusão relativa.....	724
8.3. Modalidade ponderada	725
8.3.1. A estrutura da necessidade ponderada.....	725
8.3.2. Crítica à necessidade ponderada	729
8.4. Conclusão: a conceção preferível	730

Dezassete

NA ANTECÂMARA DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO: SOBRE A PONDERAÇÃO EM GERAL

1. Noção preliminar de ponderação	735
2. As teses sobre a relação entre proibição do excesso e ponderação	737
2.1. Proibição do excesso (ou proporcionalidade e.s.a.) e ponderação são a mesma coisa.....	737
2.2. Proporcionalidade e.s.e. e ponderação são a mesma coisa	738
2.3. Pode haver ponderação fora do quadro da proibição do excesso.....	739
2.4. Pode haver aplicação de um teste de proibição do excesso dentro do quadro da ponderação	743

2.5. Pode haver aplicação da proporcionalidade e.s.e. com ponderação unilateral (sem contrapeso)	744
2.6. Proporcionalidade e.s.e. e ponderação são <i>standards</i> independentes	747
2.7. A aplicação da proporcionalidade e.s.e. envolve sempre específicas operações de ponderação bilateral.....	748
3. A ponderação como reação e alternativa à radical formalização do pensamento jurídico	750
4. Objeto da ponderação.....	754
5. Objetivos da ponderação.....	755
6. Particularismo e universalismo dos resultados da ponderação	757
7. Refutação dos pressupostos da ponderação	760
7.1. A inexistência de reais colisões.....	760
7.1.1. Monismo valorativo	760
7.1.2. Estruturalismo	763
7.2. A alegação da incomensurabilidade do objeto da ponderação.....	763
7.2.1. A colocação da questão da incomensurabilidade.....	766
7.2.2. Aceções, definição e relevância da incomensurabilidade	767
8. As atitudes perante a incomensurabilidade	771
9. A refutação da racionalidade da ponderação mas não do seu emprego	773
10. A refutação da racionalidade da ponderação e do seu emprego	775
10.1. Os problemas metódicos e estruturais da ponderação.....	775
10.1.1. Ausência de autonomia como técnica de descoberta e aplicação do direito.....	776
10.1.2. Ausência ou dificuldade de definição do que se pondera, por falta de critério delimitador dos bens, interesses ou valores que entram em competição	780
10.1.3. Obscurecimento do discurso prático.....	783
10.1.4. Relação ambígua com juízos morais.....	785
10.1.5. Estímulo ao ativismo judicial.....	787
10.1.6. Insegurança	789
10.1.7. Enfraquecimento da força normativa da constituição.....	789
10. 2. Alternativas à ponderação	790
10.2.1. As orientações deontológicas	790

10.2.1.1. Os pilares fundamentais	790
10.2.1.2. Avaliação crítica	796
10.2.2. O especificacionismo.....	801
10.2.2.1. Constituição negociável: o especificacionismo legislativo.....	802
10.2.2.1.1. Apresentação	802
10.2.2.1.2. Avaliação crítica	804
10.2.2.2. O especificacionismo na versão de Moreso e outros	806
10.2.2.2.1. Apresentação	806
10.2.2.2.2. Avaliação crítica	807
11. A ponderação como forma institucionalizada de razão	808
11.1. A distinção entre (in)comensurabilidade e (in)comparabilidade ..	808
11.2. As condições operacionais de ponderação	814
11.3. A adoção de uma metodica formalmente racionalizadora da ponderação	815
11.3.1. Teoria dos princípios: demonstração da racionalidade da ponderação através de um algoritmo matemático.....	816
11.3.1.1. A ponderação condicionada por "leis"	818
11.3.1.1.1. Primeiro passo: apuramento da intensidade de interferência num dos princípios	819
11.3.1.1.2. Segundo passo: apuramento da importância da satisfação do outro princípio	821
11.3.1.1.3. Terceiro passo: apuramento do grau de certeza das premissas empíricas e normativas que fundamentam a interferência	822
11.3.1.1.4. Quarto passo: contrapeso das variáveis apuradas e apuramento do princípio concretamente prevalecente	825
11.3.1.2. Avaliação da viabilidade do modelo formal de ponderação de Alexy	829
11.3.1.2.1. Aspectos favoráveis.....	831
11.3.1.2.2. Críticas	836

11.3.1.2.2.1. Críticas, dirigidas ao modelo ou a componentes do modelo, que atingem a sua consistência global.....	836
11.3.1.2.2.2. Primeiro passo	840
11.3.1.2.2.3. Segundo passo	840
11.3.1.2.2.4. Quarto passo: a fórmula do peso	841
11.3.1.2.3. Saldo entre os aspetos positivos e as críticas.....	848
11.3.2. O modelo de deliberação coerente de Susan Hurley	851
11.4. A identificação de um valor de cobertura	854
11.4.1. O meio caminho entre comparabilidade e comensurabilidade	855
11.4.2. A comparabilidade com base no critério da importância social	857
11.4.3. A comparabilidade com base no critério da importância atribuída pelos interessados	857
11.5. A complementaridade de uma teoria substantiva constitucionalmente conforme	858

Dezoito

PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

1. Razão de ordem	861
2. O objeto da proporcionalidade e.s.e.....	862
2.1. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de razões ou argumentos?	865
2.2. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de meios e fins?.....	867
2.3. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de custos e benefícios?	868
2.4. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de normas?	869

2.5. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de interesses?	870
2.6. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação da importância de certos fatores?	870
2.7. A proporcionalidade e.s.e. como ponderação de consequências ou de efeitos da norma legislativa?	871
2.8. Posição assumida.....	872
2.8.1. Ponderação dos efeitos positivos e negativos da norma.....	872
2.8.2. O conceito de efeitos <i>marginais</i> positivos ou negativos	874
2.8.3. O <i>tertium comparationis</i>	875
2.8.4. Relação ordinal entre efeitos.....	877
2.8.5. Efeitos negativos: valoração singular e agregada	878
2.8.6. Ponderação dos efeitos produzidos no âmbito dos princípios formais	880
2.8.7. Ponderação dos efeitos médios e dos efeitos individuais	881
3. Proporcionalidade ou não desproporcionalidade?.....	881
4. Proporcionalidade e.s.e. comparativa?	884
5. A racionalidade e objetividade do juízo da proporcionalidade e.s.e.....	885
5.1. Rejeição da concepção da proporcionalidade e.s.e. como simples auxiliar do decisionismo e como modelo matemático	885
5.2. A concepção pluralista do momento ponderativo da proibição do excesso	889

Dezanove

A PROIBIÇÃO DO EXCESSO COMO NORMA DE CONTROLO: ESTRUTURA, EXTENSÃO E ALCANCE DOS PODERES DO JUIZ CONSTITUCIONAL

1. Razão de ordem	895
2. A estrutura da proibição do excesso como norma de controlo.....	897
2.1. Os três segmentos como imperativo de racionalidade	897
2.2. Distribuição equilibrada da carga funcional	900
2.3. Apreciação/depreciação sucessiva.....	902

2.4. Ordem de apreciação	903
2.5. Operações intelectuais envolvidas	904
3. Extensão e alcance dos poderes do juiz constitucional.....	906
3.1. A extensão dos poderes jurisdicionais como objeto e resultado parcial de ponderação.....	906
3.2. Ónus de alegação, de prova, de demonstração ou de argumentação	909
3.3. A jurisdição constitucional como veículo de justificação.....	911
4. Em especial: os poderes instrutórios do juiz constitucional.....	912
4.1. Extensão dos poderes instrutórios	916
4.1.1. Os paradigmas subjetivista e objetivista	916
4.1.1.1. Traços comuns	916
4.1.1.2. O paradigma subjetivista	918
4.1.1.3. O paradigma objetivista.....	923
4.1.1.4. As versões híbridas.....	925
4.1.2. Visão geral do modelo português	927
4.2. Intensidade dos poderes instrutórios	928
4.2.1. Fatores materiais	929
4.2.2. Fatores institucionais.....	929
4.2.3. Fatores circunstanciais.....	933
4.3. Objeto dos poderes instrutórios.....	934
4.3.1. A questão do duplo nível das questões empíricas	934
4.3.1.1. Primeiro nível.....	934
4.3.1.2. Segundo nível.....	935
4.3.1.2.1. Objeto da atividade probatória	936
4.3.1.2.1.1. Formulações positiva e negativa do objeto da atividade probatória.....	936
4.3.1.2.1.1.1. Superação do <i>non liquet</i> na formulação positiva	936
4.3.1.2.1.1.2. Superação do <i>non liquet</i> na formulação negativa.....	937
4.3.1.2.1.2. Regime vigente.....	937
4.3.1.2.2. Fatores estruturais.....	939
4.3.1.2.2.1. Fim legítimo	939

4.3.1.2.2.2. Adequação	944
4.3.1.2.2.3. Necessidade	945
4.3.1.2.2.3.1. Relevância da distinção entre modalidades lata e estrita	945
4.3.1.2.2.3.2. Medidas alternativas a considerar pelo juiz	946
4.3.1.2.2.3.3. Juízo instrumental de adequação.....	947
4.3.1.2.2.3.4. Comparação das intensidades dos efeitos de satisfação e de interferência	948
4.3.1.2.2.4. Proporcionalidade e.s.e.	949
4.3.1.2.3. Fatores temporais	950
5. Em especial: os poderes do juiz constitucional de controlo de valorações	956
5.1. Os paradigmas teóricos sobre o alcance e extensão dos poderes de apreciação das valorações do legislador	956
5.2. Fiscalização da proporcionalidade e.s.e. ou da não desproporcionalidade e.s.e.?	959
5.3. A relevância da divergência entre os efeitos visados e os efeitos efetivamente ocorridos	959
5.4. Os limites do poder jurisdicional no que toca à ponderação do fator financeiro realizada pelo legislador	960
6. O grau de prova e de convicção exigíveis para a declaração da violação da proibição do excesso	961
6.1. O grau de prova e de convicção exigíveis para a declaração de violação da proibição do excesso por deficiências das apreciações empíricas do legislador	961
6.1.1. A referência do processo civil.....	961
6.1.2. Graus de prova em processo constitucional.....	963
6.1.2.1. Prova <i>stricto sensu</i> ou evidência.....	964
6.1.2.2. Plausibilidade	966
6.1.2.3. Defensabilidade	967
6.1.3. Diretrizes sobre grau de prova e de convicção exigíveis.....	968

6.1.3.1. Considerações gerais	968
6.1.3.2. Em regra, prova <i>stricto sensu</i> ou evidência.....	969
6.1.3.3. Admissibilidade de mera plausibilidade em certas circunstâncias	971
6.1.3.4. Rejeição da defensabilidade.....	972
6.2. O grau de convicção exigível para a declaração de violação da proibição do excesso por incorreção das valorações do legislador	973
6.2.1. Os graus de convicção possíveis	973
6.2.1.1. Incorreção evidente	973
6.2.1.2. Incorreção plausível.....	974
6.2.1.3. Correção defensável.....	974
6.2.2. O grau de convicção exigível.....	974

Vinte

PRINCÍPIO, REGRA OU *TERTIO GENUS*?

1. Dúvidas e correntes doutrinárias (síntese)	977
1.1. Tese da proibição do excesso como princípio.....	977
1.2. Tese da proibição do excesso como regra	979
1.3. Tese da proibição do excesso como <i>tertio genus</i>	981
1.4. Teses intermédias ou mescladas.....	983
2. O debate da disjunção entre regras e princípios.....	984
3. A proibição do excesso como norma sem morfologia ou estrutura única e estável	997

Vinte e um

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E PROIBIÇÃO DO DEFEITO

1. Enquadramento	1001
2. A sedimentação jurisprudencial e doutrinal	1003
2.1. Os primórdios	1005
2.2. A discussão inicial	1008
2.2.1. Canaris: a autonomização da proibição do defeito a partir do direito privado	1008
2.2.2. As críticas jurídico-funcional e dogmáticas	1013
2.2.2.1. A crítica jurídico-funcional	1013
2.2.2.2. As críticas dogmáticas: em especial a <i>Kongruenzthese</i>	1013
2.2.3. A reafirmação da autonomia dogmática da proibição do defeito: a tese da divergência	1019
2.3. Os desenvolvimentos recentes	1022
2.3.1. Congruência mitigada de Borowski	1022
2.3.1.1. Exposição	1022
2.3.1.2. Apreciação crítica	1032
2.3.2. A congruência mitigada de Alexy	1035
2.3.2.1. Exposição	1035
2.3.2.2. Apreciação crítica	1040
2.3.3. Estado atual: maturidade dogmática, ausência de consenso	1045
2.3.3.1. Clérico	1046
2.3.3.2. Tzemos	1048
2.3.3.3. Mayer	1051
2.3.3.4. Störring	1054
3. Posição adotada	1057
3.1. Em geral	1057

3.2. Autonomia entre dever de ação e proibição do defeito.....	1062
3.3. Fundamento da proibição do defeito.....	1065
3.4. Aceções da proibição do defeito	1066
3.4.1. Aceção ampla e aceção estrita da proibição do defeito.....	1066
3.4.2. Proibição do defeito em sentido impróprio	1066
3.4.3. Proibição do defeito em sentido próprio.....	1068
3.5. Âmbito de aplicação da proibição do defeito.....	1069
3.5.1. Primeiro denominador comum: verificação de pelo menos um dever constitucional de ação do legislador.....	1069
3.5.1.1. A associação da proibição do defeito à doutrina dos deveres de proteção	1069
3.5.1.2. O alargamento do âmbito da proibição do defeito a situações em que estão em causa outros deveres de ação que não apenas os de proteção	1072
3.5.1.2.1. Deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por outros particulares.....	1075
3.5.1.2.2. Deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por poderes estatais estrangeiros.....	1082
3.5.1.2.3. Deveres de emissão de normas estruturadoras de processos, procedimentos, organização e financiamento que possibilitem o exercício de certos direitos fundamentais.....	1082
3.5.1.2.4. Deveres de produção de normas legislativas que permitam a materialização da vertente positiva dos direitos sociais, alocando recursos públicos ou intervindo nas relações entre particulares.....	1084
3.5.1.2.5. Deveres de criação de condições de igualdade ou de eliminação de situações de desigualdade	1085
3.5.1.2.6. Deveres de produção de normas legislativas que protejam bens, interesses ou valores públicos fundamentais.....	1085

3.5.1.2.7. Deveres de produção de normas legislativas de prevenção e ação perante fenómenos (designadamente catástrofes) naturais	1086
3.5.2. Segundo denominador comum: colisão normativa entre deveres do legislador ou entre deveres de ação e permissões a ser solucionada através de harmonização legislativa	1086
3.5.2.1. Modalidades de colisões normativas.....	1087
3.5.2.1.1. Colisões entre deveres de proteção de direitos e deveres de abstenção.....	1087
3.5.2.1.2. Colisão entre deveres de proteção de bens, interesses ou valores públicos e deveres de abstenção	1088
3.5.2.1.3. Colisões entre deveres de emissão de normas estruturadoras de processos, procedimentos, organização e financiamento e outros deveres ou permissões	1088
3.5.2.1.4. Colisões entre deveres de materialização de direitos sociais e outros deveres ou permissões	1089
3.5.2.1.5. Colisões entre deveres de proteção perante fenómenos naturais e permissões ou deveres de prossecução de outros bens, interesses ou valores.....	1091
3.5.2.1.6. Situações atípicas	1092
3.6. Modalidades da proibição do defeito.....	1093
3.7. Norma de ação e norma de controlo	1098
3.7.1. Função da proibição do defeito como norma de ação	1099
3.7.2. Função da proibição do defeito como norma de controlo	1104
3.8. A proibição do defeito como norma de ação.....	1105
3.8.1. Pressupostos: o fim legítimo em particular.....	1105
3.8.2. Metodica de aplicação	1107
3.8.3. Critérios	1109
3.8.3.1. Em geral	1109
3.8.3.2. Proibição do defeito paritária	1111
3.8.3.2.1. Escala qualitativa ou quantitativa?.....	1111

3.8.3.2.2. Aplicação de uma escala qualitativa.....	1113
3.8.3.3. Proibição do defeito não paritária.....	1117
3.9. A proibição do defeito como norma de controlo.....	1117
3.9.1. Pressupostos.....	1117
3.9.2. Estrutura	1121
3.9.2.1. Omissão total	1123
3.9.2.1.1. Adequação	1124
3.9.2.1.2. Eficiência exigível.....	1125
3.9.2.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito.....	1127
3.9.2.2. Omissão parcial.....	1128
3.9.2.2.1. Adequação	1129
3.9.2.2.2. Eficiência exigível.....	1131
3.9.2.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito.....	1134
3.9.3. Extensão e alcance dos poderes do juiz constitucional	1135
3.9.3.1. Delimitação da competência de exame da proibição do defeito pelo juiz constitucional	1136
3.9.3.2. Intensidade de controlo.....	1137
3.9.3.3. Grau de prova necessária para a declaração de inconstitucionalidade por violação da proibição do defeito....	1138
3.9.3.4. Consequência da declaração de inconstitucionalidade por violação da proibição do defeito.....	1139
3.10. Súmula conclusiva	1141
3.10.1. Em geral	1141
3.10.2. Proibição do defeito como norma de ação	1141
3.10.3. Proibição do defeito como norma de controlo	1143

Vinte e dois

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E PROPORCIONALIDADE RETRIBUTIVA

1. Proporcionalidade e atos sancionatórios	1147
--	------

2. A aplicação da proibição do excesso e da proibição do defeito à lei penal e afins	1149
2.1. As especificidades	1149
2.1.1. A pluralidade de fins da lei penal.....	1149
2.1.2. Os limites à liberdade de conformação do legislador	1150
2.1.2.1. Dever positivo de emissão de normas penais	1150
2.1.2.2. Necessidade de intervenção penal	1151
2.1.3. A estrutura do princípio da proporcionalidade tal como aplicável à lei penal	1152
2.1.4. A amplitude dos poderes do juiz constitucional.....	1154
3. A aplicação da proporcionalidade retributiva à definição concreta da sanção penal ou outra	1156
3.1. A proporcionalidade <i>estritamente</i> retributiva	1157
3.2. A proporcionalidade <i>mitigadamente</i> retributiva	1158

Vinte e três

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E PROPORCIONALIDADE EQUITATIVA

1. O âmbito de aplicação da proporcionalidade equitativa	1163
1.1. Colisões de deveres cruzados de ação e de abstenção decorrentes de diferentes direitos	1164
1.2. Colisões de deveres cruzados de ação e de abstenção decorrentes do mesmo direito fundamental	1166
1.3. Colisões de deveres cruzados de ação e de abstenção e, eventualmente, de permissões, inerentes a relações poligonais.....	1166
1.4. Colisões de deveres de proteção de posições jurídicas subjetivas encabeçadas numa mesma pessoa.....	1167
2. Conteúdo e estrutura da proporcionalidade equitativa.....	1167

Vinte e quatro

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E PROPORCIONALIDADE QUANTITATIVA

1. Aspectos gerais.....	1171
2. Aplicação alternativa ou conjunta	1172
3. O caso especial do dever de pagar impostos	1174

Vinte e cinco

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E CONCORDÂNCIA PRÁTICA

Proibição do excesso e concordância prática	1177
---	------

Vinte e seis

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E RAZOABILIDADE

1. Os múltiplos significados da razoabilidade.....	1185
2. A visão autonomizadora da razoabilidade.....	1186
3. A visão integracionista da razoabilidade	1190

Vinte e sete

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E IGUALDADE

1. O princípio da igualdade em traços gerais (contrastes com o princípio da proibição do excesso)	1195
1.1. Conteúdo material.....	1197
1.2. Pressupostos de aplicação	1201
1.3. Estrutura.....	1206
1.3.1. A versão <i>fraca</i>	1207
1.3.2. Versão <i>forte</i>	1215
1.3.2.1. A formação e sentido da versão forte na jurisprudência constitucional alemã.....	1215
1.3.2.2. As relações entre a versão forte e o princípio da proibição do excesso de acordo com a doutrina alemã	1217
1.3.2.2.1. Integração total	1217
1.3.2.2.2. Integração limitada.....	1218
1.3.2.2.3. Integração em termos modificados	1218
1.3.2.2.4. Separação.....	1220
1.3.2.3. Posição assumida: distâncias e proximidades estruturais	1220
1.3.3. Critérios de aplicação das versões forte e fraca.....	1224
1.4. Intensidade do controlo do cumprimento do princípio da igualdade.....	1227
1.4.1. Do controlo (dito) da proibição do arbítrio.....	1229
1.4.2. ...ao controlo intensificado... ..	1231
1.4.3. ... até uma conceção assimétrica das intensidades de controlo.....	1232
2. Colisões entre posições jurídicas subjetivas derivadas do princípio da igualdade e outros bens, interesses ou valores.....	1233

Vinte e oito

PROIBIÇÃO DO EXCESSO E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

1. O princípio constitucional de proteção geral da confiança.....	1239
2. As sucessivas "fórmulas" da proteção da confiança	1241
2.1. A fórmula antiga.....	1241
2.2. A fórmula intermédia.....	1242
2.3. A nova fórmula	1243
2.4. A nova fórmula <i>mais</i>	1250
3. A intensidade de controlo do cumprimento do princípio da proteção da confiança	1251
4. Princípio da proteção da confiança como versão enfraquecida ou fortificada do princípio da proibição do excesso, ou parâmetro autónomo?	1252

Vinte e nove

PROIBIÇÃO DO EXCESSO COMO INSTRUMENTO DE OTIMIZAÇÃO?

1. Razão de ordem	1257
2. A maximização dos efeitos como vocação da norma jurídica.....	1257
3. A construção alexiana da proibição do excesso como veículo de otimização .	1259
3.1. Relação entre normas de ação e de controlo e otimização	1260
3.2. Otimização <i>versus</i> maximização	1261
3.3. Significado da noção de " <i>possibilidade</i> " (fática ou jurídica).....	1261
3.4. Otimização <i>dentro</i> ou <i>das</i> possibilidades fáticas e jurídicas?	1262
3.5. O que é que se otimiza?	1263
3.6. Como se define otimização?	1264
4. Proposta de conceito de otimização	1265
5. A aplicabilidade do conceito de otimização à metódica da proibição do	

excesso	1266
5.1. Adequação	1266
5.2. Necessidade	1269
5.3. Proporcionalidade e.s.e.	1271
6. Conclusão: a proibição do excesso não induz otimização	1274
 Cem conclusões	 1277
Bibliografia	1293
Lista dos acórdãos do Tribunal Constitucional.....	1391
Índice	1399